

Sentencia C-481/98

REGIMEN DISCIPLINARIO PARA DOCENTE-Derogado por Código Disciplinario Unico/**DERECHO DISCIPLINARIO Y PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD**-Aplicación para docentes/**LEY**-Aplicación en el tiempo

El régimen disciplinario especial de los educadores oficiales fue derogado por el CDU, tal y como esta Corporación lo reconoció en la sentencia C-210 de 1997, en donde la Corte debía examinar el artículo 125 de la ley 115 de 1994, que consagraba como falta disciplinaria el acoso sexual, y se inhibió de conocer del cargo pues consideró que esa disposición estaba derogada, "por haber entrado a regir el Código Disciplinario Único, código que es aplicable al personal docente al servicio de establecimientos educativos estatales". Conforme a lo anterior, la Corte concluye que, en función del principio de favorabilidad, no es posible que en la actualidad se investigue a un docente oficial por "homosexualismo", por cuanto el CDU no prevé esa conducta como falta disciplinaria, por lo cual en este punto, la regulación aplicable es el CDU, incluso para hechos ocurridos antes de su entrada en vigor, por tratarse de una norma más favorable.

LEY DEROGADA-No puede ser revivida por norma administrativa

La Corte considera que ese decreto 1726 de 1995 no es susceptible de reincorporar al ordenamiento jurídico las normas del Decreto Legislativo 2277 de 1979, que fueron derogadas por el CDU, pues una norma administrativa no puede revivir una ley derogada, por cuanto estaría contradiciendo una norma de superior jerarquía, a saber el mandato legal que dispuso la derogación. En tales casos, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, debe considerarse que esos decretos carecen de fuerza ejecutoria, por cuanto se encuentran desprovistos de fundamento de derecho, pues pretenden reglamentar la aplicación de una norma legal derogada.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-
Contenido

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 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". Por ello esta Corte y la doctrina han entendido que ese derecho consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no afecten derechos de terceros.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD- Vulneración

Se vulnera a este derecho "cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano". Por ende, las restricciones de las autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho. De allí el nexo profundo que existe entre el reconocimiento del pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad, ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD- Núcleo esencial

El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana.

DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

Esta Corporación ha reconocido que de la Carta, y en especial del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, 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. El derecho a la identidad personal supone entonces "un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad".

DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL/DISCRIMINACION POR SEXO

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

HOMOSEXUALIDAD

Conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una

protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto.

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Escrutinio estricto para determinar trato diferente

Conforme a los criterios desarrollados por esta Corporación y por otros tribunales constitucionales y de derechos humanos, para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto es necesario (i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación.

HOMOSEXUALIDAD DEL DOCENTE

La Corte considera más plausible la tesis, según la cual, la presencia de profesores con distintas orientaciones sexuales, en vez de afectar el desarrollo psicológico y moral de los educandos, tendería a formarlos en un mayor espíritu de tolerancia y de aceptación del pluralismo, lo cual es no sólo compatible con la Carta sino que puede ser considerado un desarrollo de los propios mandatos constitucionales, que establecen que la educación deberá formar al colombiano en el respeto de los derechos humanos, la paz y la democracia.

HOMOSEXUALIDAD DEL DOCENTE-No constituye falta disciplinaria

No existe ninguna justificación para que se consagre como falta disciplinaria de los docentes la homosexualidad. La exclusión de los homosexuales de la actividad docente es totalmente injustificada, pues no existe ninguna evidencia de que estas personas sean más proclives al abuso sexual que el resto de la población, ni que su presencia en las aulas afecte el libre desarrollo de la personalidad de los educandos. Además, el propio ordenamiento prevé sanciones contra los comportamientos indebidos de los docentes, sean ellos homosexuales o heterosexuales. Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas.

Referencia: Expediente D-1978

Norma acusada: Artículo 46 (parcial) del decreto 2277 de 1979.

Demandantes: Germán Humberto Rincón Perfetti.

Temas:

Derecho disciplinario, principio de favorabilidad y aplicación de la ley en el tiempo.

Homosexualidad, libre desarrollo de la personalidad y principio de igualdad: el trato diferente por razón de la orientación sexual constituye una discriminación por razón de sexo sujeta a un control constitucional estricto.

La homosexualidad no puede constituir una causal de mala conducta de los docentes, pues no existe

ninguna razón constitucionalmente relevante que la justifique.

Magistrado Ponente:
Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ
CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente Vladimiro Naranjo Mesa, y por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Germán Humberto Rincón Perfetti presenta demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 46 (parcial) del decreto 2277 de 1979, la cual fue radicada con el número D-1978. La demanda es admitida, se fija en lista para las intervenciones ciudadanas y se corre traslado al Procurador General para que rinda el concepto de rigor. Posteriormente, y debido a la complejidad e importancia del tema, y a la necesidad de contar con criterios científicos, la Corte realiza una audiencia pública y solicita conceptos de profesionales expertos en la materia y de personas y entidades directamente involucradas en el asunto debatido. Cumplidos, como están, los trámites previstos en la Constitución y en el Decreto No. 2067 de 1991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

II. DEL TEXTO OBJETO DE REVISIÓN.

A continuación se transcribe el artículo 46 del decreto 2277 de 1979 y se subraya el aparte impugnado.

DECRETO 2277 DE 1979
POR EL CUAL SE ADOPTAN NORMAS SOBRE EL
EJERCICIO DE LA PROFESION DOCENTE
(...)

“ARTICULO 46. Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados, constituyen causales de mala conducta.

a- La asistencia habitual al sitio de trabajo en estado de embriaguez o la toxicomanía.

***b- El homosexualismo**, o la práctica de aberraciones sexuales;*

c- La malversación de fondos, y bienes escolares o cooperativos,

d- El tráfico de calificaciones, certificados de estudio, de trabajo o documentos públicos;

e- La aplicación de castigos denigrantes o físicos a los educandos;

f- El incumplimiento sistemático de los deberes o la violación reiterada de las prohibiciones,

g- El ser condenado por delito o delitos dolosos;

h- El uso de documentos o informaciones falsas para inscripción o ascensos en el Escalafón, o para obtener nombramientos, traslados, licencias o comisiones;

i- La utilización de la cátedra para hacer proselitismo político;

j- El abandono de cargo”

III. LA DEMANDA.

El actor considera que la expresión acusada viola los artículos 13, 15, 16, 25 y 26 de la Constitución. Según su criterio, la homosexualidad no es una enfermedad, ni una conducta dañina, sino que representa una “opción sexual”, que hace parte de la orientación sexual humana, tal y como lo ha reconocido la Organización Mundial de la Salud. Por ello, señala el actor, si una persona va al psicólogo o al psiquiatra por ser homosexual, “el profesional le dirá que no tiene tratamiento, ya que no está enfermo.”

Según su parecer, ser homosexual es como ser zurdo, y así como “actualmente a ninguna persona zurda se le castiga”, debemos concluir que “tampoco requiere de tratamiento ser homosexual.”

Por ende, el demandante considera que la disposición acusada, al señalar que es falta disciplinaria la condición de homosexual de los docentes e identificar esta opción con una aberración sexual, vulnera la igualdad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, al trabajo y a escoger libremente profesión u oficio. Según su criterio, la disposición viola la igualdad puesto que discrimina en contra de la opción sexual asumida por los homosexuales. Por ello considera que deben ser sancionados los abusos sexuales pero sin que la ley distinga entre homosexuales y heterosexuales, como lo hace la disposición acusada. El actor sustenta este cargo con base en las sentencias T-534 de 1994 y T-097 de 1994 de esta Corporación.

De otro lado, según el demandante, la norma atenta contra el libre desarrollo de la personalidad, derecho que implica no sólo que “el hombre puede en principio hacer todo lo que desee de su vida y con su vida” (dimensión positiva) sino además que “la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho más allá de un límite razonable” (dimensión negativa). Según su criterio:

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido, tiene carácter ‘genérico y omnicomprendivo’ cuya finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados de forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona, en este caso, homosexual o heterosexual, goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisión, NI opresiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida, por tanto ningún decreto, o ley, o reglamento, ni norma alguna puede decirle a un docente homosexual que tiene que dejar de serlo para poder seguir ejerciendo su vocación de educador”.

Con base en lo anterior, el actor concluye que el Legislador no puede interferir en la decisión de las personas a ejercer libremente una opción sexual, por lo cual es inconstitucional que la condición de homosexual se

encuentre establecida como causal de mala conducta en el ejercicio de la profesión de educador. De esta manera, agrega el demandante, la norma impugnada viola también el buen nombre de las personas puesto que la ley autoriza a las autoridades a que se denigre un educador por el solo hecho de ser homosexual, con lo cual se interfiere además en su vida privada. Esta situación afecta igualmente, según el demandante, el derecho al trabajo y a escoger profesión u oficio, pues “al decretar la homosexualidad de los docentes como causal de mala conducta se vulnera el derecho que los sujetos sociales tienen de trabajar en condiciones dignas y justas, frustrando además los esfuerzos realizados por largos años de estudio para llegar a desempeñar ese noble oficio con idoneidad.” El actor concluye entonces que la sola condición de ser homosexual no inhabilita “para el ejercicio docente”, pues un asunto muy diferente “es que una persona que sea homosexual o heterosexual, cometa abusos sexuales y en este caso -indistintamente de su condición sexual- debe ser sancionada ejemplarmente.”

Finalmente, el demandante precisa que la norma impugnada se encuentra vigente, toda vez que el Gobierno revivió el decreto 2277 de 1979, mediante el decreto 1726 de 1995 y, en consecuencia, es procedente el control de constitucionalidad sobre su contenido.

IV- INTERVENCIÓN DE AUTORIDADES

4.1. Intervención de la Defensoría del Pueblo.

El ciudadano Alvaro León Obando Moncayo, Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, interviene en representación de esa entidad para coadyuvar la demanda. Según su criterio, “la homosexualidad no debe ser tenida como un factor de discriminación” pues constituye una opción personal, que siempre y cuando “se enmarque dentro del respeto propio de las relaciones humanas interpersonales, no puede ser una conducta censurable ni mucho menos disciplinable.” El interviniente considera entonces que “el derecho disciplinario no puede llegar a tocar ese ámbito personal de las personas”, por lo cual la ley discrimina cuando establece que el comportamiento homosexual es por si solo una causal de mala conducta, “mientras que con relación al heterosexual se calla”.

De otro lado, según el ciudadano, la norma también afecta la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad pues “una investigación disciplinaria de esta naturaleza implicaría una injerencia indebida en la vida íntima y personal del investigado por parte de quien solo está llamado a verificar situaciones relacionadas con actividades propias de la función pública mas no aquellas que hacen parte de su esfera privada.”

Por todo lo anterior, el interviniente solicita que se declare inexecutable la expresión acusada, pero precisa que podría también considerarse que esa disposición no está en vigor, por haber sido derogada por la Constitución de 1991. Con todo, según su criterio, como no existen pautas y reglas claras sobre este fenómeno derogatorio, resulta necesario declarar la inconstitucionalidad de la disposición.

4.2. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

El ciudadano Alvaro Namén Vargas, en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, interviene en el proceso y solicita que se retire del ordenamiento la expresión acusada. Según su criterio, la consagración de los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo por la Carta de 1991 implica que no es posible “discriminar a una persona por su condición de homosexual.” En efecto, señala el interviniente, “que la homosexualidad se configure como una causal de mala conducta de los docentes, es a todas luces discriminatorio”. Por ello, según su criterio, no existe ninguna causa “que justifique la permanencia de la norma demandada dentro de nuestro ordenamiento, ni siquiera por razones de protección a la función educadora que ejercen los docentes, pues la homosexualidad, de por sí, no implica ningún impedimento en el juicio, la estabilidad, la confiabilidad ni las capacidades sociales y vocacionales en general.”

Por todo lo anterior, el ciudadano considera que la norma acusada también afecta los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo y a escoger profesión u oficio, pues se somete al profesor homosexual “al retiro de su cargo por esta sola consideración, obligándolo a cambiar su escogencia personal de ser docente o, absurdamente, a dejar de ser homosexual o negarlo.”

4.3. Intervención del Ministerio del Interior.

El ciudadano Francisco Beltrán Peñuela, en representación del Ministerio del Interior, interviene en el proceso para impugnar la demanda y solicitar que se declare exequible la expresión acusada. Según su criterio, si bien la homosexualidad “no es una enfermedad”, lo cierto es que esa condición hace a la persona “diferente de la mayoría”.

De otro lado, el interviniente considera que la norma demandada no viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad ya que la Carta señala que ese derecho tiene como limitaciones las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. Por ende, concluye el ciudadano, las personas que tengan una inclinación sexual diferente a la de la mayoría de la población, podrían ejercer la profesión docente, siempre y cuando se atengan a lo manifestado por la propia Corte en la sentencia T-097 de 1994, en donde ese tribunal precisó que la condición de homosexual no debe ser declarada ni manifiesta por cuanto la institución tiene derecho a exigir de sus miembros discreción y silencio en materia de preferencias sexuales. Esto es muy claro en el caso de los maestros pues su conducta “puede inducir a los menores de edad estudiantes a adquirir dichos comportamientos, debido a la influencia que ejerce un docente, en el desarrollo de su personalidad.”

4.4. Intervención del Ministerio de Educación Nacional.

La ciudadana Alba de la Cruz Berrío Baquero, en representación del Ministerio de Educación Nacional, interviene para impugnar la demanda. De un lado, según su criterio, la Corte debe inhibirse, pues la norma acusada se encuentra derogada puesto que la sentencia C-210 de 1997 precisó que “las normas disciplinarias especiales de los docentes, anteriores a la expedición del Código Disciplinario Unico, se encuentran derogadas por cuanto la ley 200 de 1995 es aplicable a todos los servidores públicos con contadas excepciones”.

De otro lado, esta ciudadana considera que la expresión acusada es exequible por cuanto las normas reglamentarias sobre el literal del cual forma parte esa expresión señalan que “ningún comportamiento que atente contra la libertad y el pudor sexual debe tener lugar bajo ninguna circunstancia entre docente y alumno”. Por ello, concluye la interviniente, “no era falta disciplinaria el sólo hecho de ser homosexual ya que el Decreto 2480 de 1986, al darle el sentido y alcance a dicho concepto, se ajustaba a los postulados fundamentales de nuestra actual Constitución,

pues no era por su condición de homosexual que se investigaba al docente, sino por el comportamiento y las conductas realizadas que atentaban contra la libertad y el pudor sexual de los demás.”

V- INTERVENCION CIUDADANA

El ciudadano Germán Puyana García interviene en el proceso para defender la constitucionalidad de la expresión impugnada. Según su criterio, ser homosexual o bisexual es un asunto “del fuero íntimo de las personas quienes, cuando se trate de adultos y no comprometan a menores, no deberían, por causa de ello, ser discriminados por la ley o marginados por la sociedad.” Sin embargo, el interviniente agrega que no por ello la opción homosexual debe tener el mismo reconocimiento que aquel que recibe la relación heterosexual, ya que “el acto esencial que caracteriza la homosexualidad masculina y con el cual ésta se consuma, es la repugnante práctica de la genitalidad anal”, por lo cual considera que “resulta absurdo pensar que un hecho físico semejante, antinatural y antihigiénico, que fisiológicamente constituye una incuestionable anomalía, genere, para quienes lo realizan y sólo por el hecho de practicarlo, derechos y prerrogativas como las que suscita la excelencia de los valores mencionados, provenientes de la pareja establecida por la naturaleza.” Además, precisa el ciudadano, “los homosexuales por sus prácticas, constituyen uno de los grupos de más alto riesgo para la contaminación y difusión del VIH o SIDA, que por cierto tuvo comienzo y pavoroso auge en E.U. en la comunidad ‘gay’ de la costa occidental de dicho país.”

El ciudadano considera entonces que los homosexuales deberían limitarse “a satisfacer sus gustos de nacimiento o adquiridos, en la esfera de su intimidad, sin intentar presentar sus inclinaciones como dignas de respeto y tan “naturales” como la sexualidad en la pareja humana”. Según su criterio, no se puede considerar igualmente “válida la pareja natural que forma la familia y genera hijos, hombres y mujeres para el progreso de la comunidad y aquella que, salvo satisfacciones físicas y hasta infecciones, niega la vida, no asume ninguna responsabilidad moral ni económica en la procreación, ni en la educación y por tanto sus miembros cuentan con mas dinero disponible y hacen gala de ello”. Según su criterio, “un grotesco travesti nunca podría equipararse a una mujer, sin par creación de Dios, fuente de la vida, fuerza de la naturaleza para darla y

perpetuarla, aunque los hombres necios, con sus leyes, les otorguen iguales derechos”.

El interviniente considera entonces que a “los profesores colombianos con orientación sexual invertida” sólo podría conferírseles el “status de personas ética y moralmente idénticos a los demás miembros de la sociedad” en el ámbito estricto de la intimidad, un poco como se hace en el ejército de los Estados Unidos con base en el principio de “No preguntar, No contestar”. Esto significa, según el ciudadano, que el homosexual no debe “declarar, ni mostrar sus gustos sexuales, lo cual, además de un abominable irrespeto con los educandos, resultaría verdaderamente desastroso, cuando se trate niños o de jóvenes en proceso de formación de su identidad sexual.” Según el ciudadano, la Corte debería entonces tomar su decisión tomando en cuenta primero los derechos de esos niños y de la familia colombiana, los cuales han sido de hecho conculcados en aras de una falsa tolerancia. El interviniente concluye entonces que la sociedad debe “tener consideraciones con los homosexuales como seres humanos, pero su comunidad siempre exigirá mas y mas, como está visto, hasta desvirtuar las instituciones de la familia, que para ellos no tiene ningún significado”, tal y como lo muestra “el incremento abrumador de los ´matrimonios gay´ y la adopción de criaturas por esas parejas lo cual moralmente es estremecedor de verdad”.

VI. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

En su concepto de rigor, el Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuéllar, comienza por estudiar si la norma impugnada se encuentra vigente. Según su criterio, si bien el Código Disciplinario Unico es posterior a la norma derogada, lo cierto es que el Presidente, en uso de la facultad reglamentaria conferida mediante el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, revivió la vigencia del Decreto Legislativo 2277 de 1979, pues expidió posteriormente el decreto 1726 de 1995, cuyo artículo 2º establece que “las normas sustantivas que regulan el régimen disciplinario docente, contenidas en el decreto ley 2277 de 1979 y el decreto 2480 de 1986 continúan vigentes en tanto no contraríen la regulación establecida en la Ley 200 de 1995 y deberán ser aplicadas por el fallador al adelantar el procedimiento disciplinario”. La Vista Fiscal precisa que el decreto que revivió la norma acusada “es reglamentario y en consecuencia su conocimiento corresponde a la jurisdicción

contencioso administrativa.” Sin embargo, según su criterio, la Corte debe fallar de fondo, porque incluso si la norma fue derogada, en la actualidad, y en “virtud del artículo 176 de la Ley 200 de 1995, se adelantan procesos disciplinarios en contra de docentes con fundamentos en el régimen jurídico ya derogado.”

La Vista Fiscal aborda entonces el examen material de la disposición, para lo cual se funda en la sentencia del 12 de Agosto de 1982, Magistrado Ponente Manuel Gaona Cruz, proferida por la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía el control constitucional. Esa Corporación analizó el numeral 1º del artículo 94 del Decreto 250 de 1970, “Por el cual se expide el Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público” y que preveía la homosexualidad como una de las conductas que atenta contra la dignidad de la administración de justicia. La Corte Suprema mantuvo en el ordenamiento esa norma pero precisó que la conducta solo podía ser sancionada si perdía su naturaleza privada, pues “al Estado solo le debe interesar que la función pública no se vea comprometida con el comportamiento indebido de sus funcionarios, pero no escudriñar su derecho de intimidad y su recato”. Esto significa que la conducta debía no sólo trascender a la vida pública sino que además, según la Corte Suprema, debía generar una “actitud ostensible de reprobación social”, o corresponder “a prácticas conexas o colindantes con actos delictivos, o de alguna manera signifique un evidente desdoro y ocasione una consiguiente desconfianza pública en relación con la administración de justicia”.

Para la Vista Fiscal, ese criterio de la Corte Suprema es positivo por cuanto limita “las conductas consideradas por el legislador dignas de una sanción, a aquellas que trasciendan a la vida pública, descartando las que pertenezcan a la órbita privada.” Además, y teniendo en cuenta que la Carta de 1991 prohíbe la discriminación de las personas por razón de su opción sexual, el Procurador considera que esa jurisprudencia sigue siendo válida. Según su criterio:

“Los comportamientos que corresponden al ámbito de la vida íntima y privada de las personas que no signifiquen atentado o lesión contra el orden jurídico, como tampoco contra los postulados establecidos en la Carta para la prestación del servicio público de la educación, no pueden ser objeto de regulación restrictiva o prohibitiva por parte del legislador. El homosexualismo, como una

opción personal e íntima del individuo, no representa una conducta que en sí misma deba ser sancionada.

Con las expresiones demandadas se pretende sancionar comportamientos que trasciendan el ámbito de la vida íntima del docente, es decir imponer medidas correctivas cuando la conducta la pierda su naturaleza privada y, por lo tanto, signifique atentado contra el orden jurídico, o contra los derechos de las demás personas.

Naturalmente, tanto la sociedad como la comunidad académica reprochan toda actitud que provenga de los docentes y signifique atentado contra la libertad y el pudor sexual de las demás personas, como también la práctica de aberraciones sexuales y, en general, todo comportamiento que produzca desconfianza pública en relación con las personas encargadas de educar y formar ética y moralmente, a grupos conformados en mayor parte por menores de edad y adolescentes.”

Por todo lo anterior, el Procurador solicita a la Corte que declare la constitucionalidad condicionada de la expresión acusada, por cuanto el comportamiento homosexual sólo debe ser “sancionado disciplinariamente cuando trascienda a la vida pública e implique atentado contra el adecuado funcionamiento del servicio público de la educación.”

VII- AUDIENCIA Y CONCEPTOS SOLICITADOS POR LA CORTE

A continuación se resume el contenido de las intervenciones realizadas durante la audiencia pública, así como de los escritos recibidos con ocasión de la misma .

7.1. Intervención del demandante.

El demandante reiteró las razones por las cuales la norma acusada es contraria a la Carta, pero agregó nuevas consideraciones. Así, según su criterio, la posible influencia que puede tener un docente homosexual sobre el desarrollo sexual de sus alumnos, es infundada, porque según algunos psicólogos, “la homosexualidad no se puede contagiar, ya que un

maestro no puede convertir a sus estudiantes en homosexuales”. Es mas, considera que según los informes, la mayor parte de abusos contra los menores alumnos son cometidos por maestros heterosexuales. Incluso, según estudios realizados en otros países, hay hijos de parejas homosexuales que resultan ser plenamente heterosexuales y viceversa, lo que permite concluir que “ni siquiera los hijos toman el modelo de los padres, mucho menos entonces los estudiantes, el modelo de sus maestros”.

Por otra parte, el actor manifestó que para Amnistía Internacional, la orientación sexual es una dimensión fundamental de la existencia humana, razón por la cual esa organización considera que toda persona encarcelada por su condición homosexual o por defender derechos de homosexuales es un preso de conciencia.

Sobre el artículo 13 de la Constitución, en lo relativo a la discriminación por razones de sexo, el demandante hizo referencia a la decisión en el caso 488 de 1992 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que consideró que la prohibición de discriminación por razón del sexo “se refiere también a orientación sexual”.

Finalmente, en el escrito remitido a la Corte, el demandante adjunta unas estadísticas del Instituto Nacional de Medicina Legal que, según su parecer, muestran que casi la mitad de las agresiones sexuales contra menores son cometidas por los padres o padrastros. Y que en general las agresiones son de hombres adultos contra niñas, por lo cual considera que “los padres y madres de familia no deberían permitir que sus hijos e hijas tuvieran como docentes a personas de orientación sexual diversa a la de ellos”.

7.2. Intervención de la Procuraduría General de la Nación.

El representante de la Procuraduría General de la Nación explicó que en el concepto enviado de ese despacho se advirtió que si bien la norma objeto de demanda estaba derogada, en razón de la expedición de la ley 200 de 1995, la mencionada disposición podría estar generando efectos en asuntos disciplinarios que se encuentran en trámite ante la Procuraduría General de la Nación, motivo por la cual es necesario un pronunciamiento de fondo.

Igualmente reiteró que al Estado sólo le debe interesar que la función pública no se vea comprometida con el comportamiento indebido de sus funcionarios, razón por la cual, para que el homosexualismo constituya falta disciplinaria, el hecho debe trascender a la vida pública en la relación educador-educando. En consecuencia la Vista Fiscal propone la constitucionalidad condicionada de la norma acusada.

7.3. Intervención del Ministerio de Educación.

El Ministerio de Educación advirtió que las normas que rigen el servicio educativo y estatal deben interpretarse de forma sistemática, motivo por el cual, el artículo demandado debe ser analizado de conformidad con los artículos 19 y 21 del decreto 2480 de 1986. Esta interpretación sistemática muestra, según su criterio, que un docente no puede ser sancionado por el solo hecho de ser homosexual. La falta al régimen disciplinario se configura cuando un docente, por su comportamiento, lesiona o vulnera los derechos de los demás.

El Ministerio de Educación entiende que, debido al principio de igualdad, si una persona es homosexual, se le debe respetar esa preferencia sexual y tiene todo el derecho de ejercer cualquier profesión, entre ellas la docencia. Sin embargo, al igual que sus compañeros heterosexuales, está supeditado a unas normas que debe cumplir en el ejercicio de su servicio.

Según el Ministerio de Educación Nacional, a ningún docente se le ha excluido del servicio por su condición de homosexual. El régimen disciplinario actúa sólo en el momento en que el docente (homosexual o heterosexual) se aprovecha de su condición para abusar de sus alumnos.

Por otra parte, el Ministerio estima que la Corte Constitucional debe declararse inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma acusada, ya que en materia disciplinaria rige únicamente la ley 200 de 1995, tal y como la Corte lo reconoció en la sentencia C-210 de 1997.

7.4. Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Juan Manuel Urrutia, Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, manifestó que la condición de homosexual no puede ser objeto de discriminación alguna., tal y como la Corte Constitucional lo señaló en la sentencia T-097 de 1994, en donde indicó que la sanción de una

persona por homosexualidad no puede basarse en razones de tipo moral. Cosa diferente, sin embargo, es la conducta homosexual que trascienda negativamente hacia los educandos tal como lo señala la sentencia T-539 de 1994, en la que se manifestó que los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas, en este caso los educandos, ni se conviertan en piedra de escándalo de la niñez y la adolescencia.

Sostiene, citando decisiones de esta Corte, que la “realización efectiva del derecho a la educación exige un proceso de interiorización y práctica efectiva por parte de todos los miembros de la comunidad educativa de principios fundamentales para la convivencia armónica, tales como la tolerancia, el respecto a la diversidad, el pluralismo y la igualdad en la diferencia”, circunstancia que se aplica también al caso de los docentes, por formar parte de la comunidad educativa.

Por lo expuesto precisó, que la norma demandada debe ser considerada inexecutable, por ser discriminatoria a la luz de la actual Carta Política.

7.5. Director de la Federación Colombiana de Educadores, FECODE.

El representante de FECODE, señaló que los homosexuales tienen sus intereses y garantías protegidos en la Carta. Al respecto, estima que los fallos proferidos por la Corte Constitucional tienen elementos de juicio importantes para garantizar que este nuevo pronunciamiento se ajuste a las condiciones reales del país. Sin embargo, manifestó que cualquier actuación o abuso que lesione los derechos de los niños y que afecte el mandato que les han dado los padres de familia a los educadores, debe ser debidamente sancionado.

Por consiguiente, reconoce que los homosexuales tienen garantías consagradas en la Constitución y que si un homosexual en su vida privada no afecta a los estudiantes, ni afecta las condiciones del establecimiento, no insinúa, etc., debe entonces respetarse su condición de tal.

En la Federación Nacional de Educadores, según se indicó, nunca se ha perseguido ni destituido ningún educador por su razón homosexual. Tampoco en los centros de enseñanza docente. Sin embargo si se ha

dicho públicamente que en toda acción de esta naturaleza que afecte los intereses de los estudiantes, el bien de la comunidad y las costumbres que tiene el establecimiento, se apoyará a los delegados en las diferentes instancias en la imposición de las sanciones que sean pertinentes.

7.6. Intervención de la Antropóloga Esther Sánchez Botero.

Estima la interviniente, que en todas las sociedades se define un modelo o prototipo ideal de individuos, en contraposición a otros, considerados inhabilitados para una plena aceptación social. Los griegos crearon el término estigma, para referirse a signos corporales con los cuales se intentaba exhibir algo malo y poco habitual en el status moral de quien los presentaba. En la actualidad, la sociedad establece los medios para categorizar a las personas y también los atributos que se perciben como corrientes y naturales. Sin embargo, ésto es cambiante. Así, cuando encontramos que una persona no se ubica en una categoría socialmente definida dejamos entonces de verla como una persona corriente, y la reducimos a algo menospreciable. Un atributo de esta naturaleza es un estigma, en especial cuando él produce en los demás, a modo de efecto, un descrédito inmediato. Así, los que nos denominamos atrevidamente normales, nos relacionamos con los que poseen condiciones para ser estigmatizados, como si no fueran humanos y sin pensarlo, construimos unas ideas para explicar su inferioridad y dar cuenta del peligro que representan, atribuyéndoles un elevado número de imperfecciones y defectos, así no sean ciertos.

En opinión de la interviniente, la demanda representa entonces, un esfuerzo por regular en la sociedad colombiana relaciones de encuentro entre personas y un llamado a construir una sociedad mas humana.

7.7. Intervención del Grupo GAEDS.

El representante de este grupo, integrado principalmente por jóvenes homosexuales, sostuvo que como estudiantes han aprendido de los maestros sólo lo que como maestros les han dado: su conocimiento. La orientación sexual que ellos detentan obedece a un proceso muy complejo, del cual ni siquiera sus propios padres son responsables. Por lo tanto consideran que el desempeño de un docente no interfiere ni condiciona el comportamiento ni la orientación sexual de sus estudiantes,

pues ninguna investigación sustenta la influencia de profesores homosexuales en la orientación sexual de los educandos.

Señala, que de ser así, “ellos, educados por maestros y maestras en su mayoría heterosexuales y padres heterosexuales no existirían como homosexuales que son.” Por consiguiente estiman que reforzar la discriminación en el campo de la educación, sería tanto como fomentar las actitudes y actos violentos que en épocas anteriores protagonizaron los fascistas y los seguidores del Ku-klux-klan.

Consideran que una infancia y una juventud educadas bajo situaciones que fomenten la discriminación, puede ser en el futuro una población agresiva y discriminatoria frente a las personas que ostentan algún tipo de diferencia.

Según su parecer, además, la presentación de los profesores como “modelos” que los alumnos deben seguir es equivocada porque ese rótulo es un ideal de realización, que como ideal es una pretensión o un objetivo que dista de la realidad, ya que deshumaniza la docencia, imponiendo a los maestros criterios valorativos altísimos, que desconocen que el educador, por encima de todas las cosas, es un ser que siente, anhela, piensa, goza, sufre y actúa, un ser humano como el que se es en cualquier otra profesión.

En lo referente a la norma acusada, el grupo consideró que si bien la disposición demandada no está vigente, si es importante un pronunciamiento de fondo de la Corte, en razón que el inciso en cuestión se sigue proyectando y sigue produciendo efectos jurídicos. Por consiguiente solicitan que la norma sea suprimida del ordenamiento jurídico.

Por último concluyó su intervención preguntando: “¿A quienes de ustedes señores H. Magistrados, no les hubiera gustado que personas como Miguel Angel, Leonardo da Vinci, Sócrates, Michael Foucault, Martina Navratilova u Oscar Wilde, entre otros, hubiesen sido educadores de sus hijos en áreas tan diversas como la pintura, la filosofía, la educación física, o la literatura, independientemente de su orientación sexual?”

7.8. Intervención del Grupo GADOS.

El representante del grupo GADOS, que reúne hombres homosexuales principalmente, sostuvo que son los prejuicios, las falsas creencias y la falta de tolerancia, los que han llevado a considerar que un homosexual docente “homosexualiza” a sus educandos. Por esta razón estima que la intervención del Ministerio del Interior, no es conducente, ya que no comparte la teoría de la influencia definitiva de los docentes en la tendencia sexual de sus alumnos, ni tampoco comparte la referencia que hace ese Ministerio a la diferencia existente entre homosexuales y heterosexuales, porque encuentra esa opinión contraria a la tesis de la Corte Constitucional que señalan que los homosexuales no pueden ser sometidos a discriminación alguna por razones relativas a su orientación sexual.

En cuanto al concepto del Procurador, en el que se señala que se deben sancionar “comportamientos que trasciendan el ámbito de la vida íntima del docente”, considera que sobre ese aspecto se debería haber señalado que el comportamiento heterosexual que cumpla esas mismas condiciones, también debería ser sancionado.

En conclusión, considera que el hecho de que “la homosexualidad se tipifique como causal de mala conducta de los docentes, es discriminatorio entre profesores de diversas orientaciones sexuales. Tener el comportamiento homosexual por sí solo como causal de sanción disciplinaria mientras que con relación al heterosexualismo no se hace ninguna mención, constituye un manejo discriminatorio y contradictorio al espíritu de nuestra Carta.”

7.9. Intervención del Grupo Equiláteros, proyecto de diversidad y minorías sexuales.

El interviniente, como representante de una agrupación que reúne homosexuales hombres y lesbianas, cuenta, desde su punto de vista personal, que en su primera experiencia docente, un estudiante homosexual propuso que lo vetaran como maestro en razón a su condición sexual. Ante esta circunstancia, el interviniente argumentó que su calidad de homosexual no interfería con su capacidad laboral, razón por la cual le propuso a sus alumnos que le dejaran iniciar el curso y que si no respondía como profesor a sus expectativas, él mismo renunciaría. Sin embargo, eso nunca fue necesario, por lo cual, desde esa época, ha sido docente en diferentes universidades del país.

Así, y en razón a la discriminación de la que fue objeto y de su pensamiento cristiano, decidió desde ese entonces constituir un grupo de trabajo sobre la homosexualidad, que propugna por lograr el respeto a la integridad, la autonomía y la autodeterminación de los homosexuales. Considera que solo siendo seres humanos plenos y plenas, con capacidad para ser felices, las personas pueden cumplir un real papel en la sociedad.

Sin embargo, manifiesta que no siempre ha sido feliz siendo homosexual. Tampoco ha sido feliz su familia, por causa de las reiteradas amenazas de muerte a que ha sido sometido por su homosexualidad. Manifiesta que en Colombia desde 1986, se han asesinado mas de 840 homosexuales por el hecho de serlo. La violencia hacia los homosexuales, en su opinión, se ve reflejada en el chantaje, la agresión física y verbal, el pago de peajes o multas a algunos miembros de la policía, el aislamiento bajo la forma de encierro en una comisaría, la exclusión del lugar de trabajo, la violencia sexual e inclusive la muerte social y física. Cuando se ha sido sujeto de estigma, discriminación y homofobia, un docente puede fundamentarse en su experiencia, para enseñar a sus alumnos que la tolerancia, el respeto y la solidaridad hacen la vida mas plena.

Por otra parte sostuvo que en caso de declararse la homosexualidad como causal de mala conducta de los docentes, muchos hombres y mujeres se verían afectados, ya que según las estadísticas, mas del 17% de la población, que ostentan la calidad de homosexual y lesbiana, no tendrían trabajo y no podrían enseñar a otros lo que tienen para compartirles como seres humanos. Por consiguiente, solicita que se declare inexecutable el inciso demandado

7.10. Intervención del Grupo Triángulo Negro

La representante del grupo Triángulo Negro, nombre que se deriva de las marcaciones de que eran objeto las lesbianas en la segunda guerra mundial en los campos de concentración, manifestó que, en su condición de lesbiana y maestra vinculada al sector oficial, tuvo que cubrir su rostro durante la intervención en la audiencia pública, debido al temor a ser sancionada por su orientación sexual y la discriminación a la que puede ser objeto por parte de la comunidad educativa y la sociedad en general.

Según su criterio, la huida de Safo a Sicilia, a finales del siglo sexto antes de nuestra era, inicia el largo período de la invisibilidad y clandestinidad de las mujeres lesbianas. Sin embargo, a pesar de esa invisibilidad y del miedo a reconocerse lesbianas, considera que ellas han estado al lado de otras mujeres y hombres, construyendo un mundo en donde la diferencia significa riqueza y no motivo de discriminación.

Al respecto sostiene que para las lesbianas la discriminación es mayor, porque la “inequidad entre los géneros ha permitido que la homosexualidad del hombre conquiste en los últimos años cierta tolerancia social, mientras que el lesbianismo sigue siendo un tema del que poco o nada se habla.” Según su criterio, esto es injusto ya que las lesbianas son hijas, hermanas, tías, primas, nietas, madres, maestras, compañeras y amigas, que se encuentran en todo el espectro social; que son seres humanos con carácter diverso y formas diferentes de percibir el mundo y la vida; que cuentan con múltiples profesiones y oficios y diferentes posibilidades de acceso al plano económico, social, cultural, político y religioso. Además tanto las lesbianas como los homosexuales hombres ejercen la docencia o son directivos docentes a nivel oficial y privado, en preescolar, básica primaria, básica secundaria, media y universidad, cargos a los que acceden por concurso e idoneidad académica, sin hacer explícita su orientación sexual. Han ejercido la docencia por años y consideran que el desempeño profesional no está determinado por la orientación sexual.

Por todo lo anterior concluyen no sólo que el artículo demandado es inconstitucional, pues atenta contra los derechos fundamentales de los docentes, sino que además es inconveniente, ya que, si los alumnos tuvieran conocimiento de la orientación sexual de sus profesores, crecerían con una actitud más tolerante y respetuosa frente a los demás.

7.11. Intervención del Grupo Sol.

Este grupo está conformado por mujeres lesbianas quienes, por el miedo que las aqueja a ser discriminadas y perseguidas, no comparecieron a la audiencia, sino que por intermedio de apoderada presentaron sus consideraciones sobre la norma impugnada. En consecuencia la mencionada apoderada señaló que los miembros de ese grupo, “como mujeres víctimas de toda forma de violencia y especialmente de abuso sexual, condenan cualquier forma de violencia física, psicológica o

sexual, sin distinción de la condición sexual de la víctima, sea esta heterosexual, homosexual o bisexual.” Por consiguiente, su posición no es que haya un privilegio para los homosexuales y/o las lesbianas que incurran en cualquier tipo de delito o abuso sexual, sino que, al igual que a los heterosexuales que cometan este tipo de faltas, la sanción sobre ellos deberá ser ejemplar, justa y pronta.

Según su parecer, la orientación sexual diferente a la mayoría no es una razón para invalidar profesionalmente a un docente, ya que tal determinación es contraria a la educación que se pretende dar a los alumnos, basada en el respeto a la diferencia, a la tolerancia y al respeto a la libertad de opción de los seres humanos.

Tomando en cuenta que otras profesiones inciden en la formación de seres humanos, como es el caso de la psicología, el sacerdocio y algunas ramas de la medicina y del derecho, estiman que se podría ver vulnerado el derecho a la igualdad de los docentes con relación a otras profesiones en donde la orientación sexual no es tomada en cuenta a la hora de determinar su idoneidad.

La norma demandada, en opinión del grupo, asume, sin ningún fundamento, que la condición de homosexual o lesbiana hace a las personas proclives a incurrir en abusos contra sus alumnas o alumnos. Eso afecta el principio de derecho de que se es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Por consiguiente, estiman que la norma vulnera no solo los derechos fundamentales de los docentes, sino que desconoce el respeto a la dignidad humana de las personas y en consecuencia sostienen que la norma debe desaparecer del ordenamiento jurídico.

7.12. Intervención del doctor Oscar Solano Forero, Director Programa la Casa, de la Universidad de los Andes.

En su condición de psicólogo, educador, consultor y profesional en el ámbito sexual, el interviniente, con una experiencia de más de 13 años, sostiene que es necesario desjudicializar un poco el análisis de la situación y entender claramente el ambiente educativo, el cual supone la participación de múltiples personas, múltiples edades y formas de ver el mundo, en un complejo social importante, donde no cabe la discriminación por razones relativas a la orientación sexual.

En su experiencia como asesor, el interviniente precisa que nunca ha recibido ningún tipo de queja derivada de la orientación sexual de alguno de los docentes, ni siquiera de los padres de familia, que serían los llamados a llevar ese tipo de reparos a la oficina del psicólogo. Es más, por su profesión ha tenido el privilegio de conocer la orientación sexual homosexual de muchos docentes, y por ello puede decir que el éxito de su trabajo inclusive superaba el trabajo de otros profesores heterosexuales. De ahí que estima que una persona no puede ser sancionada disciplinariamente por el solo hecho de ser homosexual.

Considera que hablar abiertamente de la sexualidad es un reto que debe ser desarrollado en nuestro sistema social, porque, en la era del SIDA, discutir estos temas con los educandos es una necesidad para que tengan herramientas de juicio para decidir y protegerse en su vida diaria.

Por todo lo anterior, considera que se debe declarar inexecutable la norma demandada.

7.13. Intervención del Doctor Ivan Perea Fernández, Coordinador del área de SIDA. Facultad de Psicología, Universidad de los Andes.

El interviniente comienza por precisar que el término homosexualismo no es utilizado en psiquiatría: el nombre técnico es homosexualidad.

Según su criterio, algunas definiciones que existen sobre el tema se basan en la elección del objeto sexual, y expresan que, “homosexual es quien en la vida adulta está motivado por una atracción erótica exclusiva o referencial, hacia miembros del mismo sexo, la cual usualmente, pero no siempre, se acompaña de relaciones sexuales con él.” Sin embargo hay definiciones mas amplias, según las cuales el término homosexual describe el comportamiento manifiesto de una persona, la orientación sexual y el sentido de la identidad personal o social. Apoyado en otras teorías, señala que los términos gay y lesbiana se refieren a la combinación de la autopercepción de identidad personal junto con la identidad social. Tales términos reflejan que la persona tiene un sentido de pertenencia a un grupo social que es semejante a ella.

Desde un marco de referencia menos restrictivo, hay definiciones que nos permiten comprender mejor la elección de objeto sexual de un persona, como la presentada por el estudio de Kinsey en los Estados Unidos en

1948, en donde se plantea que la orientación sexual, mas que una polarización entre heterosexuales, homosexuales y bisexuales es un continuo fluir hetero -homosexual, que va de una escala “0”, de preferencia exclusivamente heterosexual, a una escala “6” de preferencia exclusivamente homosexual.

Con respecto a las razones de la homosexualidad, el interviniente precisa que cada corriente psicológica tiene explicaciones diversas. Así, desde el punto de vista freudiano, la homosexualidad se genera en la fase de resolución del complejo de Edipo. Algunos psicoanalistas postfreudianos, por el contrario, ven el homosexualismo como la atracción hacia una persona del mismo sexo, independientemente de si se da o no un contacto físico. Llama la atención que Freud, creador de la teoría psicoanalítica clásica, se refiriere a la homosexualidad en términos no patológicos, ya que este autor sostiene que “la homosexualidad se encuentra en personas que no exhiben serias desviaciones de la norma, cuya eficiencia no está comprometida y que están por otra parte distinguidas por un alto desarrollo intelectual y una elevada cultura ética.” En otro texto dice Freud que “la homosexualidad no representa seguramente una ventaja, pero no es vergonzante, no es un vicio, una degradación, y no puede ser clasificada como enfermedad mental.”

Recientes estudios, según el interviniente, indican que ciertos componentes biológicos y genéticos pueden contribuir en la selección de la orientación sexual. Así, según esos estudios, durante la vida prenatal, las hormonas de tipo andrógeno pueden, de acuerdo con su nivel en la sangre materna, incidir en el tipo de orientación sexual del futuro ser humano. Otras investigaciones destacan la presencia de marcadores genéticos en el trazo inferior del cromosoma X. Sin embargo estos estudios requieren aún de mayores pruebas y definiciones. Sin embargo, casi todos los psicólogos y estudiosos coinciden, en darle a la homosexualidad una característica de condición, más que de escogencia. Además, tampoco se conocen “curas” a la homosexualidad, y es razonable que no existan, ya que no se trata de una enfermedad.

De todo lo dicho se deriva que la homosexualidad es multicausal, es decir, obedece a factores biológicos, psicológicos y sociales. Por lo tanto, mal podría atribuirse a las influencias sociales un papel determinante en la conducta sexual adulta. Así mismo, el interviniente agrega que los estudios que se han hecho con padres y madres homosexuales o

heterosexuales han comprobado que la orientación sexual de los hijos no depende de aquella de los padres, razón por la cual se dedujo que tener una madre homosexual no es determinante en la condición sexual del menor. Por ello concluye que si bien la imitación juega un papel en la modelación de la conducta, los datos existentes sugieren que la orientación sexual del cuidador (sea éste el padre o el maestro) no parece ejercer ninguna influencia determinante en el desarrollo sexual del niño.

Además, agrega el profesional, varios estudios concluyen que los homosexuales no tienen ninguna predisposición a cometer mayores delitos sexuales que los heterosexuales. Así, según ciertas investigaciones, la mayoría (95%) de los pedofílicos son heterosexuales.

7.14. Escrito presentado por el Doctor Luis Santos Velázquez, Médico Psicoanalista de la Universidad Nacional.

En respuesta al formulario de la Corte, este profesional manifiesta que desde el año 1973 la homosexualidad no se considera como categoría diagnóstica por la Asociación Americana de Psiquiatría, ni menos como una enfermedad mental. En ese orden de ideas, como no se trata de una enfermedad, no se busca una etiología o causa de la homosexualidad.

Esta tendencia a despatologizar la homosexualidad se basa en las orientaciones de Freud, quien desde inicios del siglo se opuso a “separar a los homosexuales como una especie particular de seres humanos”. Los estudios psicoanalíticos sobre la sexualidad humana han corroborado estos planteamientos iniciales, por lo cual se ha consolidado una forma de pensar sobre este tema que se sintetiza de la siguiente manera: “La identidad sexual (asumirse como hombre y como mujer) y la orientación sexual (definida en términos de elección heterosexual, homosexual o bisexual) son productos de interacciones complejas, entre múltiples factores biológicos, culturales, históricos y psicológicos”.

Por consiguiente, y en relación con la pregunta de si la orientación sexual de un docente puede influir psicológicamente en sus alumnos o afectar su desarrollo, concluye que “no existen pruebas de que la sola orientación sexual del docente, sin acercamiento sexual a sus alumnos, pueda influir positiva o negativamente sobre su desarrollo. Lo que si podemos afirmar es que cualquier acercamiento sexual de un docente, sea homosexual o

heterosexual, puede afectar negativamente el desarrollo psíquico de éste, dado que la relación de poder existente implica algún grado de abuso.”

En consecuencia, y teniendo en cuenta que la homosexualidad no es una patología sino una variedad del comportamiento humano, “no hay razones para excluir de la carrera docente a las personas que tengan algún grado de orientación homosexual, a no ser que dieran muestras de estar incitando a sus alumnos a alguna práctica sexual, lo que es válido también para persona heterosexuales.” Es mas, que las personas homosexuales puedan ejercer sin trabas la docencia, no solo es un derecho que tienen como ciudadanos, “sino que resulta conveniente para la educación de las nuevas generaciones en la tolerancia de la diversidad y el respeto por las minorías.”

7.15. Escrito del profesor Octavio Giraldo Neira, sexólogo y profesor de la Universidad del Valle.

Este profesional remitió a la Corte unos artículos y una declaración realizada en la Revista Latinoamericana de Sexología en contra de toda discriminación por razón de la orientación sexual de una persona. Según esta intervención, la orientación sexual “es una característica esencial de la persona humana” y nadie es más o menos persona debido a tal orientación, por lo cual viola la igualdad que se le restrinjan los derechos a una persona por tener una preferencia sexual distinta a la de la mayoría. Además, resalta el profesional, esta discriminación sexual se fundamenta en falsas concepciones filosóficas y sociales, pues confunden hechos diversos. Así, que los homosexuales sean una minoría estadística, y en tal sentido “anormales”, pues se distancian de la norma mayoritaria, no significa que sean personas “anormales” desde el punto de vista psicológico y patológico. Por ello, y con base en un artículo del sexólogo John Money, el texto destaca que “ser estadísticamente normal no es sinónimo de ser ideológicamente deseable. Así por ejemplo puede ser estadísticamente normal contagiarse de una epidemia gripal cuando ésta se extiende por todo el país, pero no es necesariamente deseable. Y al contrario, desviarse de la norma estadística o ser estadísticamente anormal no es necesariamente indeseable. Así, por ejemplo, es anormal y atípico ser un genio, pero no es indeseable.”

7.16. Escrito presentado por la comunidad del Discípulo Amado.

En esta comunidad participan maestros y maestras homosexuales, dedicados por largos años a la docencia. Según su parecer, “no es relevante si el maestro en cualquiera de los niveles o modalidades educativas es o no homosexual o lesbiana. Sencillamente debemos fijarnos si nuestros maestros son personas idóneas, honestas y sensibles, verdaderamente humanas, capaces de transmitir sus conocimientos, y formar seres humanos como personas completas, sin importar cual sea su orientación sexual o sus preferencias afectivas.”

7.17. Escrito de un ciudadano a nombre de numerosos padres de familia.

El ciudadano Jorge Isaac Rodelo Menco remitió a la Corte un escrito, firmado también por un numeroso grupo de padres de familia del Colegio Jordán de Sajonia, en el cual se oponen a permitir expresiones o manifestaciones de profesores homosexuales en el colegio de sus hijos. Según su criterio, 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”, quienes “pretenden desconocer los derechos de los ciudadanos de conductas sanas quienes también exigimos se no respeten nuestros derechos”, en especial el derecho a la igualdad y a que sus hijos “reciban una sana y correcta educación”. El escrito concluye entonces que esos “derechos los exigimos todos los padres NO homosexuales con hijos NO homosexuales, y requerimos protección a la honra y dignidad y defensa de la familia como el soporte de la sociedad colombiana”.

7.18. Otros escritos.

Fuera de los anteriores documentos e intervenciones, la Corte Constitucional recibió otros escritos, que en vez de efectuar un análisis

sobre la constitucionalidad de la norma, planteaban posiciones agresivas contra los homosexuales, a quienes consideraban personas enfermas, aberradas e incluso peligrosas. Según uno de esos textos, “los llamados “GAY” son fruto de la decadente sociedad que a mala hora los procreó; y ahora pretenden que padres e hijos los veamos como algo normal y que admiremos y aplaudamos su aberrante actitud, dizque porque son el tercer sexo”. Por consiguiente estiman que 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 ”. Otro escrito señala que “nuestros hijos aprenden del ejemplo, qué quedaría de nuestro futuro si nuestros maestros son: Sádicos, masoquistas, homosexuales, ladrones, asesinos, avaros, enfermos mentales que deben ponerse en cuidado psiquiátrico, como cuando usted se enferma de cáncer, nadie lo mata por eso, pero si se dirige al hospital para que se cure. Así mismo deben tratarse las enfermedades mentales.”

Otros pasajes son incluso más agresivos, pues amenazan con agredir y mutilar a todo homosexual que pretenda ser docente. Además, en general los escritos emplean un lenguaje vulgar, que por discreción y respeto a la dignidad de la justicia, esta sentencia no transcribe, pero que considera necesario referir, por cuanto denota el alto grado de emotividad e intolerancia ligado al asunto que corresponde decidir a esta Corporación.

VIII- FUNDAMENTO JURÍDICO

Competencia.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 5° de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 46 (parcial) del decreto 2277 de 1979, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de una norma que hace parte de un decreto expedido en uso de facultades extraordinarias.

El primer asunto bajo revisión: la derogación de la expresión acusada pero la necesidad de un pronunciamiento de fondo.

2- Según uno de los intervinientes, la norma acusada ha sido derogada por el Código Disciplinario Unico (CDU) o Ley 200 de 1995, por lo cual no procede un pronunciamiento de fondo de la Corte. Por el contrario,

según el actor, si bien el CDU pudo haber derogado la expresión acusada, ésta se encuentra vigente por cuanto fue revivida por el decreto 1726 de 1995, que es posterior al CDU. Finalmente, la Vista Fiscal considera que incluso si la expresión acusada se encuentra derogada, es necesario un pronunciamiento de fondo de la Corte por cuanto esa norma se encuentra produciendo efectos, ya que se pueden estar adelantando procesos disciplinarios en contra de docentes con fundamento en ese régimen jurídico derogado. Entra pues la Corte a analizar si procede o no un examen material de la disposición impugnada.

3- La expresión acusada hace parte del decreto 2277 de 1979, que establece, entre otras cosas, el régimen disciplinario para los docentes. Ahora bien, con posterioridad a este cuerpo normativo, se expidió el CDU, que en su artículo 177 preceptúa con claridad:

“VIGENCIA. Esta ley regirá cuarenta y cinco (45) días después de su sanción, será aplicada por la Procuraduría General de la nación, por los Personeros, por las Administraciones Central y Descentralizada territorialmente y por servicios y por todos los servidores públicos que tengan competencia disciplinaria; se aplicará a todos los servidores públicos sin excepción alguna y deroga las disposiciones generales o especiales que regulen materias disciplinarias a nivel nacional, Departamental, Distrital, Municipales, o que le sean contrarias, salvo los regímenes especiales de la fuerza pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de este código (subrayas no originales).”

Esto significa que el régimen disciplinario especial de los educadores oficiales fue derogado por el CDU, tal y como esta Corporación lo reconoció en la sentencia C-210 de 1997, M.P. Carmenza Isaza de Gómez, en donde la Corte debía examinar el artículo 125 de la ley 115 de 1994, que consagraba como falta disciplinaria el acoso sexual, y se inhibió de conocer del cargo pues consideró que esa disposición estaba derogada, “por haber entrado a regir el Código Disciplinario Único, código que es aplicable al personal docente al servicio de establecimientos educativos estatales”.

4- A pesar de lo anterior, la Vista Fiscal argumenta que la Corte debe entrar a estudiar el fondo del asunto, por cuanto la expresión acusada se encuentra produciendo efectos, ya que el artículo 176 del propio CDU

señala que “los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con oficio de cargos notificado legalmente, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento anterior”. Por ende, concluye la Vista Fiscal, que es posible que en la actualidad se adelanten procesos disciplinarios en contra de los docentes con fundamento en la expresión acusada.

La Corte no comparte el análisis del Procurador, por cuanto el artículo 176 del CDU prolonga los efectos de los aspectos procesales de los regímenes disciplinarios precedentes, pues expresamente señala que se seguirá aplicando el procedimiento anterior, lo cual es razonable como mecanismo de transición, con el fin de evitar el traumatismo que podría ocasionar la entrada en vigor inmediata de un nuevo procedimiento disciplinario unificado, como el que se encuentra previsto en el CDU. Sin embargo, esa norma transitoria no hace referencia a los aspectos sustantivos de los anteriores estatutos disciplinarios, esto es, al régimen de faltas y a sus correspondientes sanciones, por lo cual debe entenderse que esas regulaciones sustantivas fueron integralmente subrogadas por el CDU. Ahora bien, esta Corporación ha señalado, en numerosas ocasiones¹, que el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionador, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, *mutatis mutandi*, en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales en favor de la persona investigada se realiza, de un lado, en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y del otro, para controlar la potestad sancionadora del Estado. Por tal razón, la Corte ha concluido que el principio de favorabilidad, plasmado en el artículo 29 de la Constitución, y según el cual, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, opera también en el campo disciplinario, por lo cual el juez disciplinario, con el fin de no violar el debido proceso, “no puede limitarse a la aplicación invariable de las normas según las reglas generales relativas al tiempo de su vigencia (irretroactividad de la ley), sino que se halla obligado a verificar si la norma posterior, no obstante haberse promulgado después de ocurridos los hechos, puede favorecer al reo o procesado, pues, si así acontece, no tiene alternativa distinta a la de aplicar tal disposición.”² Es más,

¹Ver Sentencias Nos. T-438/92, C-195/93 y C-280/96, entre otras.

² Sentencia T-233 de 1995. MP José Gregorio Hernández Galindo, criterio reiterado en numerosas decisiones posteriores. Ver, entre otras, las sentencias SU-637 de 1996 y T-625 de 1997.

específicamente esta Corporación señaló que, una vez entrado en vigor el CDU, era deber de las autoridades disciplinarias aplicarlo retroactivamente, en aquellos eventos en que esta nueva normatividad resultara más favorable que los regímenes especiales precedentes. Dijo entonces la Corte:

“La situación examinada se enmarca dentro del derecho penal disciplinario, lo cual significa que en ella tiene plena vigencia el principio de la favorabilidad. A partir de esta afirmación se llega a la conclusión de que en el caso concreto del proceso disciplinario contra el juez Santamaría Hincapié debió aplicarse, en lo relacionado con las sanciones, la normatividad de la Ley 200 de 1995, la cual había entrado ya en vigor al momento de dictarse la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura. Las normas de la referida Ley 200 de 1995 atinentes a la sanción de destitución son más favorables a los disciplinados, puesto que eliminan la discrecionalidad de la autoridad disciplinaria para asignar esa pena y limitan a ciertas hipótesis taxativas la posibilidad de imponerla. La decisión judicial, de acuerdo con lo expuesto, corresponde a una vía de hecho. La imposición de la sanción disciplinaria más desfavorable, no obstante que al momento de confirmarse la sanción se encontraba en vigencia una ley que consagraba un régimen punitivo más favorable y que, la misma de manera expresa e inequívoca derogaba los regímenes especiales disciplinarios - salvo el aplicable a la fuerza pública -, pone de presente que la actuación judicial se apartó ostensiblemente del imperio de la ley y, por ende, se incurrió en una vía de hecho violatoria del derecho fundamental al debido proceso que, en este caso, se impone amparar, a fin de que el órgano judicial competente adopte su decisión conforme a la ley vigente y con estricta sujeción al principio de favorabilidad.”³

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que, en función del principio de favorabilidad (CP art. 29), no es posible que en la actualidad se investigue a un docente oficial por “homosexualismo”, por cuanto el CDU no prevé esa conducta como falta disciplinaria, por lo cual en este punto, la regulación aplicable es el CDU, incluso para hechos ocurridos antes de su entrada en vigor, por tratarse de una norma más favorable.

³ Sentencia SU-637 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 13.

5- El anterior análisis muestra que la expresión acusada se encuentra derogada, y que en principio no se deben realizar investigaciones disciplinarias contra docentes oficiales con base en esta causal. Con todo, el problema que subsiste es que puede haber personas que ya han sido castigadas en el pasado por “homosexualismo”, y por ende esa sanción se encuentra anotada en su hoja de vida, lo cual puede afectarlas en su desarrollo laboral. En efecto, el artículo 33 del CDU prevé que las sanciones disciplinarias se registran en la Procuraduría y que la anotación tiene vigencia “por el término de la inhabilidad correspondiente salvo para los efectos de nombramiento y posesión en los cargos que exigen para su desempeño la ausencia total de sanciones”. Esto significa que un educador que hubiese sido castigado disciplinariamente por homosexualidad no podría acceder a tales cargos, puesto que esa sanción seguiría formando parte de sus antecedentes disciplinarios. El examen de fondo es entonces necesario, pues si la Corte declara la inexecutable de la expresión acusada, esa persona podría solicitar que se elimine esa anotación de su hoja de vida por ser ésta inconsistente con los mandatos constitucionales.

De otro lado, conforme al artículo 46 ordinal b) del decreto 2277 de 1979, la homosexualidad era una causal de mala conducta, la cual podía conducir, según lo establecido por el ordinal 3° del artículo 49 de ese mismo decreto, a la “exclusión del escalafón que determina la destitución del cargo”. Esto significa que incluso durante la vigencia de la Carta de 1991, algunas personas pudieron ser destituidas de su cargo y retiradas del escalafón docente en aplicación de la expresión acusada. Ahora bien, en la medida en que la Constitución entró en vigor el 7 de julio de 1991, y es norma de normas (CP art. 4°), resulta necesario examinar si la causal acusada era o no constitucional, pues en caso de que resulte inexecutable, esas personas destituidas podrían solicitar la reinscripción en el escalafón y el reintegro a sus cargos. Es más, incluso podrían eventualmente demandar para la reparación de los daños que les hubiese podido ocasionar la imposición de un castigo disciplinario manifiestamente inconstitucional. En cambio, si la Corte se abstiene de estudiar el fondo de las acusaciones, podría estar permitiendo que se prolongara en el tiempo una situación inconstitucional derivada de la aplicación de una norma legal, con lo cual estaría dejando de cumplir sus obligaciones como guardianas de la integridad y supremacía de la Carta (CP art. 241).

6- Fuera de lo anterior, que ya es suficiente para que la Corte entre al examen material de la norma impugnada, existen razones de seguridad jurídica que hacen aún más necesario este análisis. Así, después de la entrada en vigor del CDU, el Gobierno, en uso de la facultad reglamentaria conferida mediante el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, expidió el decreto 1726 de 1995, mediante el cual, al parecer, pretendió revivir la vigencia del régimen disciplinario previsto en el Decreto Legislativo 2277 de 1979. En efecto, el decreto 1726 de 1995 establece lo siguiente:

“Artículo 2°. Las normas sustantivas que regulan el régimen disciplinario docente, contenidas en el decreto ley 2277 de 1979 y el decreto 2480 de 1986 continúan vigentes en tanto no contraríen la regulación establecida en la Ley 200 de 1995 y deberán ser aplicadas por el fallador al adelantar el procedimiento disciplinario”.

La Corte considera que ese decreto 1726 de 1995 no es susceptible de reincorporar al ordenamiento jurídico las normas del Decreto Legislativo 2277 de 1979, que fueron derogadas por el CDU, pues una norma administrativa no puede revivir una ley derogada, por cuanto estaría contradiciendo una norma de superior jerarquía, a saber el mandato legal que dispuso la derogación. En tales casos, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, debe considerarse que esos decretos carecen de fuerza ejecutoria, por cuanto se encuentran desprovistos de fundamento de derecho, pues pretenden reglamentar la aplicación de una norma legal derogada.

De otro lado, el propio artículo 2° del decreto 1726 de 1995 señala que el régimen disciplinario docente previsto en los decretos 2277 de 1979 y 2480 de 1986 continúan vigentes sólo en tanto no contraríen la Ley 200 de 1995 o CDU. Ahora bien, esta ley no prevé la homosexualidad como falta disciplinaria, por lo cual, se entiende que esa situación ya no constituye una falta sancionable para los educadores. Por ende, para la Corte es claro que no puede considerarse que el artículo 2° del decreto 1726 de 1995 revivió la vigencia de la expresión acusada, la cual se encuentra derogada.

Finalmente, conviene recordar que corresponde a la ley, y no a normas de naturaleza administrativa, señalar las faltas disciplinarias y la manera de

sancionarlas (CP art. 124), por lo cual mal podría un decreto reglamentario modificar el régimen disciplinario de determinados servidores públicos.

Con todo, lo cierto es que la presente situación normativa ha generado una gran inseguridad jurídica, por cuanto algunas autoridades disciplinarias pueden considerar que la expresión acusada se encuentra vigente, debido al decreto 1726 de 1995 y al mandato del artículo 176 de la propia Ley 200 de 1995. Tanto es así, que la Procuraduría, a quien corresponde ejercer la supervigilancia disciplinaria de todos los servidores públicos, incluidos los docentes oficiales, consideró en su concepto en el presente proceso y en su intervención en la audiencia pública, que podían estarse adelantando investigaciones disciplinarias con base en la expresión acusada. Por las razones señaladas en los fundamentos 3º y 4º de esta sentencia, la Corte no comparte ese criterio del Ministerio Público. Sin embargo, la propia incertidumbre existente en torno a la posible aplicación de la expresión acusada a procesos disciplinarios en curso justifica aún más el pronunciamiento de fondo de esta Corporación.

7- Por último, la Corte destaca que la expresión acusada puede también estar produciendo efectos en relación con los educadores no oficiales. En efecto, el artículo 3º del decreto 2277 de 1979 señala que ese estatuto, del cual forma parte la disposición parcialmente acusada, se aplica también a los educadores no oficiales en lo relativo al “escalafón docente, capacitación y asimilaciones”, aun cuando la relación de trabajo propiamente dicha se rige por el Código Sustantivo del Trabajo. Este escalafón docente es un sistema de clasificación de los educadores, según su preparación, experiencia y méritos, que cubre no sólo a los educadores que laboran en establecimientos públicos sino también en colegios privados, y que constituye un requisito para ciertos beneficios y posibilidades de trabajo en este campo. Así, sólo puede incorporarse a la carrera docente quien se encuentre inscrito en el escalafón. Ahora bien, como ya se señaló en esta sentencia, la sanción por las malas conductas previstas en el artículo 46, entre las cuáles se encuentra el “homosexualismo”, conduce (i) al aplazamiento del ascenso en el escalafón por un término de seis a doce meses, o (ii) a la suspensión de este escalafón hasta por seis meses, o (iii) a la exclusión del escalafón. Estas sanciones son impuestas por la Junta Seccional del Escalafón luego de un proceso que debe garantizar el derecho de defensa del inculpado.

Por consiguiente, estas normas se aplican también a los educadores privados, puesto que se encuentran relacionadas con el sistema de escalafón, sin que pueda considerarse que el Código Disciplinario Único haya derogado su vigencia en relación a tales trabajadores, pues ellos no se rigen por el derecho disciplinario como tal. Esto significa que actualmente un docente que labore en un establecimiento privado podría ser investigado y sancionado por “homosexualismo”, lo cual muestra que la norma acusada sigue produciendo efectos pues conserva una vigencia sectorial para determinados trabajadores.

Conforme a todo lo anterior, es necesario que la Corte entre al examen material de la expresión impugnada.

El asunto material bajo revisión.

8- Según el actor y algunos intervinientes, la expresión acusada ordena la sanción de un docente por el solo hecho de ser homosexual, con lo cual se está discriminando a una persona por razón de su orientación sexual. Esta norma es entonces inconstitucional pues viola la igualdad (CP art. 13), el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y el derecho de toda persona a escoger profesión y oficio (CP art. 26), ya que ningún homosexual podría ser educador. Además, según el actor, en la medida en que la sanción recae sobre un aspecto del comportamiento que no es patológico y no tiene ninguna relación con el ejercicio del cargo, la expresión impugnada viola el derecho a la intimidad (CP art. 15), pues permite a las autoridades escudriñar en la vida privada y sexual de los docentes. Por el contrario, algunos intervinientes consideran que la expresión se ajusta a la Carta, pues si bien la Constitución no prohíbe la homosexualidad, la ley puede restringir el acceso de estas personas a la actividad docente a fin de proteger los derechos de los menores, que podrían verse inducidos a comportamientos indebidos por la influencia ejercida por los educadores con esta orientación sexual. Finalmente, la Vista Fiscal y otros intervinientes consideran que una interpretación sistemática y una constitucionalidad condicionada de la expresión acusada permite solucionar el problema, por lo cual sugieren que la Corte Constitucional debe decidir en términos similares a como lo hizo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 12 de Agosto de 1982, durante la vigencia de la anterior Carta. Según esa sentencia, el comportamiento homosexual sólo debe ser sancionado disciplinariamente cuando

trasciende a la vida pública y afecta el adecuado funcionamiento del servicio público.

9- El problema constitucional que se plantea es entonces si la ley puede configurar como falta disciplinaria de un educador el “homosexualismo”, o si tal decisión afecta la intimidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de los docentes.

Ahora bien, para precisar más adecuadamente el problema jurídico bajo revisión, es necesario tener en cuenta que, como bien lo señala uno de los intervinientes, la expresión acusada incurre en impropiedades de lenguaje, pues consagra como falta disciplinaria “el homosexualismo”, cuando las ciencias psicológicas y sociales emplean el término homosexualidad. La Corte entiende entonces que el artículo parcialmente impugnado hace referencia a la homosexualidad. Sin embargo, esto no soluciona integralmente el problema, por cuanto la norma no define el alcance de este concepto, lo cual suscita algunas dudas. En efecto, como lo indican algunos intervinientes y se desprende de la amplia literatura sobre el tema⁴, la homosexualidad recibe diversas acepciones: así, según ciertas definiciones, la homosexualidad hace referencia a aquellas personas que experimentan una atracción erótica, preferencial o exclusiva, hacia individuos del mismo sexo biológico, la cual puede acompañarse o no de relaciones sexuales con ellos. Conforme a tales definiciones, la homosexualidad es un rasgo o un status de la persona, que tiene que ver con la orientación y preferencia de sus deseos eróticos, pero sin que obligatoriamente ésta se traduzca en relaciones sexuales. En cambio, según otras definiciones, la homosexualidad hace referencia al hecho de que dos personas del mismo sexo biológico tengan relaciones sexuales, esto es, la homosexualidad no es un status personal sino un comportamiento. Por ende, no es claro si la norma acusada consagra como falta disciplinaria los comportamientos homosexuales o la orientación homosexual de un docente, por lo cual, en principio la Corte considera necesario tener en cuenta ambos aspectos en esta sentencia. Así

⁴ Ver el concepto del Doctor Iván Perea Fernández, que presenta las distintas acepciones del término. Para la discusión en Colombia, ver Ruben Ardila. **Homosexualidad y Psicología**. Bogotá: El manual moderno, 1998, pp 21 y ss. Para literatura internacional, ver R.Murray Thomás. “Homosexuality and human development” en R.Murray Thomás. **The Encyclopedia of Human Development an Education. Theory, Research and studies**. Oxford: pergamon Press, 1990, pp 373 y ss. Sobre las implicaciones jurídicas de estas distinciones, ver Jonahtan Pickhart. "Choose or lose: embracing theories of choice in gay rights litigation strategies" en **New York University Law Review**. Vol 73, Junio 1998. Ver igualmente Harvard Law Review. 1989, **Developments in Law. Sexual Orientation and the Law.**, pp 1512 y ss.

las cosas, la Corte concluye que el problema jurídico a ser resuelto es si la ley puede definir como falta disciplinaria en el ejercicio de la docencia el hecho de que una persona sea homosexual o desarrolle comportamientos homosexuales. Para resolver ese interrogante, la Corte procederá a determinar, con base en el debate contemporáneo sobre la homosexualidad y los criterios que ya ha adelantado esta Corporación en anteriores decisiones sobre el tema⁵, cuál es el status constitucional de la homosexualidad, con el fin de precisar el alcance de la protección que la Carta brinda a estas personas y a estos comportamientos. A partir de este examen, la Corte entrará a estudiar específicamente el problema en el campo docente.

El debate contemporáneo jurídico y científico sobre la homosexualidad.

10- Durante mucho tiempo, los homosexuales han estado sujetos a formas muy intensas de marginación y de exclusión social y política, no sólo en nuestro país sino también en muchas otras sociedades. Así, no sólo los comportamientos homosexuales han sido y siguen siendo penalizados por diversos ordenamientos jurídicos sino que, además, en la vida cotidiana, las personas con esta preferencia erótica han sido excluidas de múltiples beneficios sociales y han debido soportar muy fuertes formas de estigmatización social, las cuales incluso han llegado, en los casos más extremos, a legitimar campañas de exterminio contra estas poblaciones. Además, en el caso de las mujeres homosexuales o lesbianas, y como lo señalaron algunos de los testimonios presentados en la audiencia pública ante la Corte, habría una especie de doble discriminación, pues a la tradicional segregación por ser mujeres, se suma otra por tener orientaciones homosexuales.

11- Esta situación de los homosexuales ha sido justificada con base en concepciones según las cuales estas personas, debido a que presentan una orientación sexual distinta a la mayoría de la población, debían ser consideradas anormales, enfermas o inmorales. Así, con algunas notables excepciones como Freud⁶, la psiquiatría y la sicología consideraron durante

⁵ Ver, entre otras, las sentencias T-534 de 1994, T-097 de 1994, C-098 de 1996 y T-101 de 1998.

⁶ En 1935, en una célebre carta a una madre con un hijo homosexual, Freud le señaló que “ciertamente la homosexualidad no es una ventaja, pero no tiene nada de que avergonzarse; no es un vicio, ni una degradación, y no puede ser clasificada como una enfermedad” por cuanto es una simple “variación del desarrollo sexual”. Luego, agregaba el padre del psicoanálisis que “muchos individuos muy respetables de los tiempos antiguos y

mucho tiempo a la homosexualidad como una enfermedad mental, que debía ser tratada y curada. Sin embargo, desde los años cincuenta, varias investigaciones, y en especial los trabajos de la psicóloga estadounidense Evelyn Hooker, cuestionaron esa percepción tradicional, pues mostraron que la homosexualidad en sí misma no implica ningún desorden siquiátrico, por cuanto no genera problemas emocionales, ni afecta la posibilidad de vida en sociedad de la persona. Según estos estudios, no existe ninguna diferencia de adaptación psicológica entre un homosexual y un heterosexual ya que ambos pueden llevar vidas social y humanamente satisfactorias⁷. A partir de estas investigaciones parece claro entonces que los problemas de muchos homosexuales derivan no de su preferencia sexual como tal, sino de la marginación y del estigma social a que se encuentran sometidos. Es decir, que no son los problemas de los homosexuales los que provocan una marginación social sino que, al contrario, es la marginación social la que genera problemas en ciertos homosexuales. Por tal razón, la Asociación Americana de Siquiatría eliminó, en 1973, la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales en su Manual estadístico y diagnóstico de desórdenes mentales (“Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders” o DSM). En el mismo sentido se pronunció en 1975 la Asociación Americana de Psicología, al considerar que la evidencia empírica no permitía establecer ningún vínculo entre la orientación sexual de una persona y una eventual psicopatología⁸. Igualmente, como bien lo señala el actor, para la Organización Mundial de la Salud, la homosexualidad no es una enfermedad, ni una conducta dañina, sino que representa una variación de la orientación sexual humana. Por consiguiente, las visiones tradicionales de la homosexualidad como una enfermedad o una anomalía que debe ser curada médicamente no son aceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas, pues desconocen los avances de las teorías psicológicas en este campo y se fundan en una confusión conceptual. Así, y como bien lo señala uno de los intervinientes, los homosexuales son una minoría estadística, y en tal sentido “anormales” pues se distancian de la norma mayoritaria, pero eso

modernos han sido homosexuales, algunos de los más grandes hombres entre ellos (Platón, Miguel Ángel, Leonardo da Vinci, etc.)”, por lo cual concluía que “es una gran injusticia y una gran crueldad perseguir la homosexualidad como un crimen.” Ver Sigmund Freud. **American Journal of Psychiatry**, 1951, 107, citado por Gregory Herek. **Sexual Orientation: Science, Education and Policy**. Página en Internet del Departamento de Psicología de la Universidad de California Davis, dir: <http://psychology.ucdavis.edu/rainbow/>

⁷ Ver Hooker, E. (1957). The adjustment of the male overt homosexual. *Journal of Projective Techniques*, 21, 18-31, citado por Gregory Herek. **Op-cit**. Citado igualmente por Ruben Ardila. **Op-cit**, pp 43 y ss.

⁸ Ver Bayer, R. (1987). *Homosexuality and American psychiatry: The politics of diagnosis* (2nd Ed.). Princeton, NJ: Princeton University Press.

no significa que sean personas “anormales” desde el punto de vista psicológico y patológico. En efecto, un fenómeno puede ser estadísticamente anormal pero no por ello indeseable ya que, en los propios términos del interviniente, es anormal y atípico que alguien sea un genio, pero no es algo indeseable.

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”⁹. 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 personas¹⁰.

13- Así, algunos estudios contemporáneos han tendido a sostener que la homosexualidad tiene una base biológica, y más específicamente un cierto componente genético. Estas teorías tienden a basarse esencialmente en dos tipos de evidencias. De un lado, en las últimas décadas, debido a un mayor ambiente de tolerancia en este campo, muchos homosexuales, en general hombres, han relatado públicamente sus historias personales en libros, artículos o entrevistas. La mayoría de estas narraciones tiende a coincidir en que la persona no opta, sino que descubre su homosexualidad, lo cual significa que esta orientación no es escogida por el individuo sino que es determinada por factores que se encuentran fuera de su control. De otro lado, algunas investigaciones recientes en neuroanatomía y en genética tienden a mostrar que existen estrechos vínculos entre la biología y la orientación sexual¹¹. Así, por no citar sino los estudios más conocidos,

⁹ Sentencia T-539 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 2.2.

¹⁰ Sobre este debate en los Estados Unidos, ver, entre otros, el reciente artículo de Jonahtan Pickhart. "Choose or lose: embracing theories of choice in gay rights litigation strategies" en **New York University Law Review**. Vol 73, Junio 1998, pp 921 y ss. Ver igualmente Harvard Law Review. 1989, **Developments in Law. Sexual Orientation and the Law**., pp 1512 y ss

¹¹ Para un resumen de estos estudios, ver Jonahtan Pickhart. **Op-cit**, pp 936 y ss. Ruben Ardila. **Op-cit**, pp 67 y ss.

Simon LeVay del Instituto Salk de California disecó cuarenta y un cadáveres y concluyó que una porción del hipotálamo, que se cree que puede controlar la actividad sexual, era diferente en los homosexuales hombres que en los heterosexuales hombres¹². Por su parte, Dean H. Hamer adelantó una investigación genética del cromosoma X en casos de hermanos que eran homosexuales y concluyó que había una significativa correlación estadística entre ciertos marcadores genéticos y la orientación homosexual¹³. Finalmente, Michael Abiely y Richard Pillard compararon la orientación sexual de gemelos idénticos univitelinos o monocigóticos, gemelos bivitelinos o heterocigóticos y hermanos adoptados, y concluyeron que si uno de los dos hermanos era homosexual había tres veces más de probabilidades de que los primeros, que tienen idéntico código genético, fueran ambos homosexuales, que los segundos y terceros, que tienen distinto material genético¹⁴. Todos estos estudios concluyen entonces que es razonable concluir que la genética y la biología juegan un papel importante en la determinación de la orientación sexual de las personas.

Estas consideraciones sobre el origen biológico de las orientaciones y el comportamiento homosexuales han llevado a algunos sectores de la doctrina jurídica a considerar que toda diferencia de trato negativa a una persona por el hecho de ser homosexual es injusta y violatoria de la igualdad, puesto que esa condición no es libremente escogida sino que es impuesta por la naturaleza. Por consiguiente, la exclusión a los homosexuales de determinados beneficios sociales, o la imposición de sanciones debido a su orientación sexual, equivale a otras formas de segregación particularmente odiosas y prohibidas, como la discriminación por la raza o por el origen familiar o nacional, puesto que la persona es marginada debido a un status y un comportamiento que se encuentran biológicamente determinados y de los cuales ella no es responsable. Estos enfoques concluyen entonces que si bien la homosexualidad no puede ser considerada, en estricto sentido, un tercer sexo, en el fondo toda medida de segregación contra una persona, por el solo hecho de ser homosexual o tener comportamientos homosexuales, equivale a una discriminación por

¹² Ver Simon LeVay. A difference in Hypothalamic Structure Between Heterosexual and Homosexual Men, 253 Science 1034 (1991).

¹³ Ver Dean Hamer et al. A linkage Between DNA Markers on the X Chromosome and Male Sexual Orientation, 261 Science, 32 (1993)

¹⁴ Ver Michael Bailey y Richard Pillard. A genetic Study of Male Sexual Orientation, 48, Archives Gen Psychiatry 1089, (1991)

razón de sexo, que se encuentra prohibida por los tratados de derechos humanos y por la mayoría de las constituciones.

14- El anterior enfoque ha sido criticado, tanto por razones científicas como por consideraciones jurídicas.

De un lado, muchos consideran que las evidencias científicas sobre la determinación biológica del comportamiento homosexual no son concluyentes, puesto que los estudios no sólo presentan a veces problemas metodológicos sino que, a lo sumo, demuestran que, en algunos casos, existe un cierto condicionamiento de esta orientación erótica, pero no establecen que la misma sea exclusivamente provocada por causas genéticas u orgánicas¹⁵. Es más, según muchos analistas, no sólo los actuales estudios no son demostrativos sino que es muy improbable que la ciencia llegue algún día a demostrar una determinación biológica estricta de la homosexualidad, pues la orientación y la identidad sexuales de una persona son fenómenos muy complejos, que comprenden aspectos muy diversos, por lo cual, tal y como lo señalaron varios de los intervinientes en la audiencia pública ante la Corte, en acuerdo con múltiples estudios contemporáneos, debe aceptarse que en su desarrollo entran en juego causas múltiples, en donde inciden condicionamientos biológicos, factores ambientales y decisiones personales¹⁶. Además, algunos estudiosos consideran que la homosexualidad no es una realidad psicológica o biológica sino que es una construcción social, que se desarrolla en ciertas sociedades para normalizar la conducta sexual de las personas y preservar los patrones dominantes de moralidad social, por lo cual mal podría tener un origen biológico. Finalmente, muchos relatos de vida, en especial de mujeres con orientaciones lésbicas, insisten en que la preferencia homosexual fue una orientación vivencial tomada libremente en un determinado momento de la vida, y en manera alguna una condición que es súbitamente descubierta

¹⁵ Por ejemplo, el estudio de LeVay es criticado porque muchos de los cadáveres examinados correspondían a personas fallecidas por SIDA, lo cual podría alterar los resultados. Igualmente, los estudios sobre gemelos unvitelinos mostraban que si uno de los hermanos era homosexual había un 50 % de probabilidad de que el otro también lo fuera, lo cual implicaba que no había una determinación genética estricta. Ver, entre otros, Ver Byne W, Parsons B, "Human Sexual Orientation. The Biologic Theories Reappraised", Arch GenPsychiatry, vol 50, March 1993. pp 228-239.

¹⁶ Ver las intervenciones en la audiencia pública del grupo Gaeds y del doctor Iván Perea Fernández. Ver igualmente R.Murray Thomás. "Homosexuality and human development" **Loc-cit.** p 374. Ver Rubén Ardila. **Op-cit.** p 78.

por el sujeto¹⁷. La homosexualidad sería entonces una opción sexual libremente asumida por la persona.

De otro lado, y tal vez más importante aún es el hecho de que algunos consideran que cuestionar la discriminación a los homosexuales, argumentando exclusivamente que se trata de una condición biológicamente impuesta, en el fondo tiende a reproducir, aún cuando de manera más sutil, un cierto estigma contra esas personas, puesto que de todos modos habría implícito un juicio de desvalor contra la condición homosexual, que sería juzgada inferior a la situación considerada normal, a saber, aquella de los heterosexuales. Según estos críticos, la protección a los homosexuales invocando la determinación biológica de esta orientación sexual busca a lo sumo una cierta tolerancia de la sociedad a estas minorías, pero no es compatible con el pluralismo, que precisamente se funda en el reconocimiento del igual valor de los distintos proyectos y modelos de vida, y por ende debe conducir a defender la igual validez de las distintas orientaciones sexuales.

Estos enfoques cuestionan entonces la marginación de los homosexuales desde otra perspectiva. Según su criterio, la sexualidad es uno de los asuntos más íntimos y vitales del ser humano, por lo cual la decisión sobre cuál es la orientación que se pretenda dar a la vida en este campo pertenece exclusivamente a la propia persona. Por ende, un Estado pluralista respetuoso de la autonomía y libertad de las personas debe ser neutral frente a esas opciones sexuales, por lo cual toda discriminación contra los homosexuales es ilegítima y desconoce su derecho a la privacidad y al libre desarrollo de la personalidad.

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. Esto obviamente no significa que los argumentos científicos no sean significativos en determinados debates judiciales, puesto que es obvio que

¹⁷ Ver, por ejemplo, Claudia Card, Lesbian Choices 53-57 (1995) insiste en que el lesbianismo es una opción personal y no una condición naturalmente impuesta. Citada por Jonahthan Pickhart. "Choose or lose... Loc-cit. p 951.

pueden serlo, sino que, en general, no corresponde a un juez constitucional entrar a determinar quien tiene razón en una controversia de esta naturaleza.

Ahora bien, independientemente de tal debate, lo cierto es que en el ordenamiento constitucional colombiano la discusión sobre si la homosexualidad está determinada biológicamente, o si por el contrario es una opción libre del ser humano, no es particularmente relevante, puesto que, como se verá, ambas tesis conducen a idénticos resultados en cuanto al grado de protección que la Carta confiere a estas personas, por cuanto la Constitución no sólo prohíbe la discriminación por razón de sexo (CP art. 13) sino que, además, garantiza los derechos a la intimidad y, en especial, al libre desarrollo de la personalidad (CP arts 15 y 16).

La homosexualidad y la prohibición de discriminación por razón de sexo.

16- Así, supongamos que la homosexualidad está determinada por una condición genética o biológica. En tal caso, para esta Corporación es claro que toda segregación por tal razón constituye una discriminación inaceptable, por cuanto a la persona se le estarían negando oportunidades o imponiendo restricciones por un rasgo psicológico permanente que ésta no ha escogido, con lo cual se desconocen normas elementales de justicia, pues la distribución de las cargas o beneficios en una sociedad democrática debe estar, en principio, vinculada a conductas de las cuales el sujeto pueda ser responsable. Por eso, en general, en los regímenes constitucionales respetuosos de la dignidad y la autonomía humana, un trato diferente fundado en la inmutabilidad de un rasgo derivado de un accidente de la naturaleza, -como la raza o el origen nacional- ha tendido a ser prohibido, por ser incompatible con el principio de responsabilidad individual y de igual consideración y respeto a todas las personas. Por ende, si la orientación homosexual es una característica individual que la persona no ha adquirido voluntariamente y que no puede cambiar, resulta injusto y violatorio del principio de igualdad imponerle cargas o marginarla de los beneficios sociales por tal razón (CP art. 13).

17- Esta situación resulta más intolerable y violatoria de la igualdad si se tiene en cuenta que un trato distinto fundado en la diferente orientación sexual rara vez cumple algún propósito constitucionalmente relevante, por cuanto la preferencia sexual no sólo es un asunto íntimo que sólo concierne

a la persona sino que, además, no se encuentra casi nunca relacionada con las capacidades que el individuo debe tener para adelantar un trabajo o cumplir una determinada función. Por ende, la marginación de los homosexuales denota usualmente una voluntad de segregar y estigmatizar a estas poblaciones minoritarias, por lo cual la diferencia de trato por razón de la orientación sexual resulta sospechosamente discriminatoria.

En efecto, la teoría de los "criterios sospechosos" o las categorías prohibidas de clasificación, hoy aceptada por la mayoría de los tribunales constitucionales y de derechos humanos del mundo, se funda en la constatación de que determinados grupos sociales "han sufrido en el pasado un trato vejatorio y han sido objeto de permanente expoliación y persecución", lo cual explica "su postración actual."¹⁸ Esta teoría se origina en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y en la doctrina constitucional de ese país, que si bien no han sido siempre unívocas en la materia, han decantado algunos rasgos que son importantes para determinar si un criterio de diferenciación es sospechoso y si se debe considerar prohibido, por ser potencialmente discriminatorio¹⁹. Así, no son en principio admisibles diferenciaciones fundadas en un rasgo inmutable de la constitución física o psicológica de una persona,²⁰ o cuando se constata que tradicionalmente ha sido utilizada para estigmatizar a un cierto grupo de individuos,²¹ o cuando no se relaciona en forma alguna con las habilidades o méritos de una persona para desarrollar cierta labor²² o cuando el grupo que resulta afectado por ella carece de poder político.²³

Una aproximación sistemática a lo anterior permitiría afirmar que, en el derecho constitucional contemporáneo, 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

¹⁸ ST-422/96 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁹ Ver, entre otros, Laurence Tribe. *American Constitutional Law*. (2 Ed). New York: Foundation Press, 1988, pp 1544 y ss. Ver también Jerome Barron et al. **Constitucional Law: Principles and policy**. Virginia: Michie, 1992, Capítulo 8, c, pp 673 y ss.

²⁰ Ver, entre otras, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

²¹ *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976).

²² *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985).

²³ *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973).

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.

En tales circunstancias, y sin que la Corte desee terciar en el debate científico sobre el origen de la homosexualidad, igualmente es evidente para esta Corporación que en caso de que la ciencia llegara a demostrar que, al menos en algunos casos, existe una determinación esencialmente biológica de esta orientación sexual, tal conclusión en manera alguna implica un juicio de desvalor frente a esas personas. Así, nadie niega que, por razones genéticas, una persona nace hombre o mujer, o de distinta raza; sin embargo, mal podría inferirse de ese hecho científico una superioridad ética o jurídica de una raza sobre la otra, o de un sexo sobre el otro. Por el contrario, el mandato constitucional de la igualdad precisamente parte del supuesto de que, a pesar de sus diferencias biológicas, estas personas gozan de igual dignidad y derechos, y deben por ende ser igualmente protegidas por el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, una eventual prueba de la existencia de diferencias biológicas entre homosexuales y heterosexuales en manera alguna puede conducir a legitimar una superioridad jurídica de un grupo sobre el otro por cuanto, tal y como esta Corporación ya lo ha dicho, el principio de igualdad entre los seres humanos se funda en la identidad esencial de los mismos, a pesar de su diversidad existencial²⁴.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que si se aceptan las tesis sobre la determinación biológica de la orientación sexual, y sin que esta Corporación pretenda en manera alguna considerar a la homosexualidad como un tercer sexo, es claro que si la orientación sexual de una persona es un rasgo permanente biológicamente determinado, todo trato diferente fundado en esta característica equivale a una discriminación por razón de sexo, que en principio se encuentra constitucionalmente prohibida (CP art. 13).

²⁴ Ver sentencia T-539 de 1994. MP Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 2.2.

Homosexualidad, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la intimidad.

18- Algunos podrían objetar que el análisis efectuado en los fundamentos anteriores de esta sentencia es inaceptable pues parte de un supuesto científicamente controvertible, a saber, que la homosexualidad tiene raíces biológicas. Según esta crítica, si la homosexualidad no es una condición impuesta por la naturaleza sino una opción individual, entonces aparentemente no resulta inconstitucional, ni violatorio de la igualdad, que la persona sea tratada de manera diferente por razón de haber escogido una determinada preferencia sexual, pues el propio individuo es responsable de esa decisión. Entra pues esta Corporación a examinar esa objeción.

19- La Corte admite que no se puede sostener que científicamente se encuentren probadas las raíces biológicas de la homosexualidad. Sin embargo, como se verá, ese dato no es decisivo en el presente análisis constitucional. Para demostrar lo anterior, partamos ahora de la otra hipótesis, esto es, que la homosexualidad no constituye una condición impuesta por la biología sino que deriva de una opción libre del individuo. ¿Significa lo anterior entonces que el ordenamiento legal puede limitar el acceso a determinados bienes o imponer sanciones a esa persona, por cuanto ésta es responsable de su orientación homosexual?

20- Para la Corte la respuesta a ese interrogante es negativa, por cuanto la Constitución y los tratados de derechos humanos protegen la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a la intimidad (CP arts 1º, 15 y 16). 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 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”²⁵. Por ello esta Corte y la doctrina han entendido que ese derecho consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no afecten derechos de terceros. Existe entonces una vulneración a este derecho “cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano.²⁶” Por ende, las restricciones de las autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho. De allí el nexo profundo que existe entre el reconocimiento del pluralismo (CP art. 7º) y el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16º), ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana²⁷, frente a las cuales el Estado debe ser neutral.

21- El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. Ha dicho entonces la Corte que “cuando el estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, en el sentido de su existencia²⁸”. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana. La Corte ha reconocido entonces en este derecho “un contenido sustancial que se nutre del concepto de persona sobre el que se erige la Constitución”, por cuanto el artículo 16 de la Carta “condensa la

²⁵ Sentencia C-309 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 7.

²⁶ Sentencia T-429 de 1994. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. Consideración de la Corte 2.

²⁷ Sentencia C-309 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico 16.

²⁸ Sentencia C-221/94. MP. Carlos Gaviria Díaz.

defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de las decisiones que directamente le incumben en cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado”²⁹.

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. El derecho a la identidad personal supone entonces “un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad”³⁰.

22- Uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra identificación como personas singulares es nuestra identidad sexual, tal y como la Corte lo tiene bien establecido³¹. Ahora bien, algunos teóricos distinguen entre la identidad sexual y la orientación o preferencia sexual³². Así, la primera se refiere al hecho de que una persona se siente partícipe de un determinado género con el cual se identifica, mientras que la segunda hace relación a las preferencias eróticas del individuo. Sin embargo, en general las doctrinas coinciden en que, a pesar de esa distinción, la orientación o preferencia sexual es un elemento esencial de la manera como una persona adquiere una identidad sexual. 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

²⁹ Sentencia T-067 de 1997. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 6.

³⁰ Sentencia T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico 15.

³¹ Sentencia T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico 13.

³² La distinción entre orientación y preferencia sexual es de matiz. Así, la palabra “orientación” se encuentra más asociada a las tesis que defienden la determinación biológica de la homosexualidad, mientras que el termino “preferencia” es más utilizado por las concepciones que sostienen que se trata de una opción libre. Como la Corte no tiene por qué optar en este debate, en esta sentencia ha tendido a utilizar indistintamente los dos términos.

pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás.³³ Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental “la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales”, lo cual implica “la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social”³⁴. Por ello, señala esa misma sentencia, el “homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable.”³⁵ Posteriormente esta misma Corte señaló al respecto:

“Así la sexualidad heterosexual corresponda al patrón de conducta más generalizado y la mayoría condene socialmente el comportamiento homosexual, por estos motivos no puede la ley, sin violar la Constitución, prohibirlo y sancionarlo respecto de los adultos que libremente consientan en actos y relaciones de ese tipo y lo hagan en condiciones que no afecten los estándares mínimos y generales de decencia pública.

El derecho fundamental a la libre opción sexual, sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos (C.P. art. 15), pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social. La sexualidad, por fuera de la pareja y de conjuntos reducidos de individuos, no trasciende a escala social ni se proyecta en valores sustantivos y uniformes de contenido sexual.³⁶”

³³ Al respecto, véanse, las ST-097/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-539/94 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); ST-569/94 (MP. Hernando Herrera Vergara); ST-037/95 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-290/95 (MP. Carlos Gaviria Díaz); SC-098/96 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-101/98 (MP. Fabio Morón Díaz).

³⁴ Sentencia T-097/94. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico 30.

³⁵ Ibídem, Fundamento Jurídico 31.4.3.

³⁶ Sentencia C-098 de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 4.

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. 7º). En efecto, y tal y como esta Corte ya lo ha señalado con claridad, algunas manifestaciones de diversidad se encuentran amparadas constitucionalmente por el principio del pluralismo, por lo cual son “insuprimibles por la voluntad democrática”, y entre ellas se encuentra sin lugar a dudas la opción por una preferencia sexual, que al ser una decisión soberana del individuo, “no concierne al Estado, que ha de permanecer neutral, a no ser que la conducta de los sujetos objetivamente produzca daño social”³⁷.

Síntesis del anterior examen: el trato diferente por razón de la orientación sexual constituye una discriminación por razón de sexo sujeta a un control constitucional riguroso.

24- El anterior examen ha mostrado que las personas homosexuales gozan de una doble protección constitucional. Así, si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, como lo sostienen algunas investigaciones, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad, pues equivale a una segregación por razón del sexo (CP art, 13). Por el contrario, si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, como lo sostienen otros enfoques, entonces esa escogencia se encuentra protegida como un elemento esencial de su autonomía, su intimidad y, en particular, de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16). Por cualquiera de las dos vías que se analice, el resultado constitucional es entonces idéntico, por cuanto implica que todo trato diferente fundado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto.

Así, en múltiples decisiones, esta Corporación ha señalado que el control de la razonabilidad y proporcionalidad de un trato diferente no puede realizarse de la misma manera en todos los campos, pues un juicio de

³⁷ Sentencia C-098 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 4.

igualdad estricto, en todas las materias, corre el riesgo de limitar excesivamente la capacidad de acción de las autoridades y la libertad política del Legislador, mientras que un escrutinio a la igualdad demasiado flexible y amplio puede hacer perder toda eficacia jurídica al principio de igualdad, que es una norma y un derecho fundamental de aplicación inmediata (CP art. 13), cuya integridad y supremacía debe ser, entonces, garantizada por el juez constitucional. Por ello la Corte ha señalado que existen ámbitos en donde el análisis de la igualdad debe ser más intenso, entre los cuales conviene destacar aquellos casos en que las clasificaciones efectuadas por el Legislador o por otras autoridades se fundan en criterios potencialmente discriminatorios, como la raza, el sexo o el origen familiar, o restringen derechos fundamentales a ciertos grupos de la población, o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta³⁸. En estos casos, el control del respeto de la igualdad por el juez constitucional tiene que ser mucho más estricto. De un lado, porque el inciso primero del artículo 13 superior considera sospechosos ciertos criterios de clasificación que han estado tradicionalmente asociados a prácticas discriminatorias. De otro lado, porque conforme a la Constitución, todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades fundamentales (CP art. 13). Y, finalmente porque la Carta ordena la protección de las minorías y las poblaciones en debilidad manifiesta (CP arts 7 y 13).

Ahora bien, conforme al análisis adelantado en esta sentencia, tres razones justifican un control judicial estricto de todo trato diferente de las autoridades contra un homosexual, a saber, (i) que estamos en presencia de grupos minoritarios tradicionalmente discriminados; (ii) que si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, entonces la diversidad de trato se funda en una categoría prohibida pues equivale a una discriminación por razón de sexo; y (iii) finalmente, que si la preferencia sexual es libremente escogida, entonces se estaría limitando a un grupo de personas -los homosexuales- el libre desarrollo de la personalidad, mientras que a los heterosexuales se les asegura el pleno goce de ese derecho en materia sexual.

³⁸ Ver, entre otras, las sentencias T-230/94. MP Eduardo Cifuentes Muñoz y C-445 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamentos Jurídicos No 15 a 17.

Por todo lo anterior, y con el fin de lograr una cierta economía de lenguaje en el análisis de este tema, la Corte concluye que toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto.

25- Esta conclusión no es en manera alguna una novedad de esta sentencia, pues ya en anteriores decisiones esta Corte había concluido que todo trato diferente a un homosexual, por el solo hecho de serlo, era discriminatorio. Así, en la primera ocasión en que abordó sistemáticamente este tema, la Corte señaló que la homosexualidad no podía significar un factor de discriminación social³⁹. Luego, esta Corte precisó que “los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, y no hay título jurídico para excluirlos de las actitudes de respeto, justicia y solidaridad. Se recuerda que en Colombia ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo (Art. 13 C.P.) y que el derecho a la intimidad esté protegido y tutelado por nuestro Estado social de derecho (Art. 15 C.P.)”⁴⁰. En posterior decisión, esta Corporación advirtió que “el principio de igualdad (C.P. art. 13), se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público”⁴¹. Finalmente, en reciente decisión, la Corte tuteló a unos estudiantes a quienes se les negó el reingreso a un colegio debido a su homosexualidad, pues consideró que “la evaluación de la homosexualidad de los actores, como un factor negativo para resolver la solicitud de reingreso que presentaron a las directivas del colegio demandado, violó sus derechos fundamentales a la igualdad, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad”, por cuanto “la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran

³⁹ Sentencia T-097 de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 30.

⁴⁰ Sentencia T-539 de 1994. Consideración de la Corte 4.

⁴¹ Sentencia C-098 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 4.1.

jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida.”⁴²

26- Estas conclusiones de la Corte coinciden además con los desarrollos jurisprudenciales de las instancias internacionales en materia de derechos humanos. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado, en varios fallos, que la penalización de la homosexualidad desconoce el derecho a la privacidad de las personas, por cuanto no constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para satisfacer una necesidad social imperiosa⁴³. Según ese tribunal, la sexualidad constituye “uno de los aspectos más íntimos de la vida privada”, por lo cual las injerencias estatales en este ámbito, para ser legítimas, requieren la existencia “de razones particularmente graves”⁴⁴.

Por su parte, y más importante aún, a conclusiones similares ha llegado el Comité de Derechos de Humanos de Naciones Unidas, que constituye el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968. La doctrina de este Comité es entonces vinculante en el ordenamiento colombiano pues esta Corte ya había señalado que, en la medida en que el artículo 93 establece que los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93), es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno⁴⁵. Ahora bien, y como claramente lo recuerda el actor, el 31 de marzo de 1994, el Comité decidió el caso No 488/1992 de Nicholas Toonen contra Australia y estableció con claridad (Párrafo 8.2 y ss) que el artículo 17 del Pacto protege la privacidad de la práctica sexual entre personas adultas, por lo cual la penalización de la homosexualidad constituye una abierta violación del Pacto. Igualmente, en esa decisión, el Comité (Párrafo 8.7) interpretó el alcance del artículo 2-1 del Pacto, que ordena a todos los Estados garantizar los derechos humanos sin distinción de “sexo”, y del artículo 26 que establece el derecho de toda persona a una “igual protección

⁴² Sentencia T-101 de 1998. MP Fabio Morón Díaz. Consideración de la Corte Tercera y Segunda.

⁴³ Ver Sentencia del 22 de octubre de 1981, caso Dudgeon contra Reino Unido, sentencia del 26 de octubre de 1988 caso Norris v Irlanda y sentencia del 22 de abril de 1993, caso Modinus v Chipre.

⁴⁴ Ver Sentencia del 22 de octubre de 1981, caso Dudgeon contra Reino Unido, párrafo 52.

⁴⁵ Ver sentencia C-408 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 24.

de la ley” y prohíbe por ende toda discriminación por razón de “sexo”. El Comité concluyó que la referencia a “sexo” en estos artículos debe interpretarse de tal manera que incluya la “orientación sexual” de las personas.

27- En síntesis, conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP arts 13 y 16). Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto. Ahora bien, conforme a los criterios desarrollados por esta Corporación y por otros tribunales constitucionales y de derechos humanos, para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto⁴⁶ es necesario (i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida

⁴⁶ Ver, sobre el escrutinio estricto en materia de igualdad, Corte Constitucional. Sentencia C-445 de 1995. Fundamento Jurídico No 17. Igualmente, sobre el análisis estricto de proporcionalidad, sentencia C-309 de 1997. Fundamentos Jurídicos No 15 y ss. Para una presentación del control judicial estricto a nivel internacional, ver, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, , entre muchos otros, los Casos Handyside del 7 de diciembre de 1976, Sunday Times del 26 de abril de 1979, Dudgeon del 22 de octubre de 1981 y Lingens del 8 de julio de 1986. En todos ellos, el tribunal sostiene que para limitar ciertos derechos, como la intimidad o la libertad de expresión, no basta que la medida esté prevista en la ley y sea útil, razonable o conveniente, sino que debe ser necesaria en una sociedad democrática, lo cual implica que ella debe satisfacer una necesidad social imperiosa y ser proporcionada al objetivo que se persigue. En el ámbito americano, ver Corte Interamericana. Opinión Consultiva OC-5/85 sobre “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, Párrafo 46, que retoma los criterios del Tribunal Europeo y concluye que una restricción a la libertad de expresión es legítima sólo si está orientada a satisfacer un interés público imperativo y es proporcionada al interés que la justifica y se ajusta estrechamente al logro de ese objetivo. En el derecho constitucional comparado, ver, entre otras, las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos *Korematsu v. United States* de 1944; *Brown* de 1954. Para una discusión teórica del tema, ver Laurence Tribe. **American constitutional Law. Loc-cit.** pp 789 y ss, 1451 y ss.

alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación. Con ese estándar, entra la Corte a analizar la legitimidad de la consagración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el ejercicio docente.

Homosexualidad y ejercicio de la docencia.

28- La Corte comienza por interrogarse sobre cuáles son las finalidades que se pretenden satisfacer por medio de la norma impugnada. Y aparentemente existen dos que pueden ser relevantes, a saber: (i) la protección contra eventuales abusos directos contra los menores por parte de profesores homosexuales y (ii) la posible influencia indebida que podrían tener estos maestros en el desarrollo y la identificación sexual de estos infantes. Entra pues esta Corporación a analizar si estas finalidades son susceptibles de justificar la consagración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el campo docente.

29- La protección de la integridad sexual y personal de los menores representa una necesidad social imperiosa que el Estado debe satisfacer, por cuanto la Carta no sólo ordena proteger a los niños contra toda forma de abuso sexual sino que explícitamente señala que sus derechos prevalecen sobre aquellos de los demás (CP Art. 44). Sin embargo, un breve análisis muestra que, conforme a los estudios sociológicos en este campo y a las pruebas incorporadas en este expediente, la medida impugnada no es adecuada para alcanzar ese fin. Así, conforme al concepto rendido por el doctor Perea, experto en la materia, los homosexuales no tienen ninguna predisposición a cometer mayores delitos sexuales que los heterosexuales, ni a abusar en mayor medida de los niños, ya que la mayoría (95%) de los pedófilos son heterosexuales. Este concepto se ve confirmado por algunos estudios internacionales a los cuáles tuvo acceso la Corte y que muestran que, hasta la fecha, no existe ninguna evidencia de que los homosexuales presenten una mayor propensión que los heterosexuales a incurrir en actos de abuso sexual con

menores⁴⁷. Así, el estudio de Newton concluía que "los varones homosexuales no son más propensos que los varones heterosexuales a abusar de menores". Por su parte, Groth y Birnbaum indicaron que ninguno de los 175 varones adultos condenados en el Estado de Massachussets por abuso sexual de menores, objeto de su estudio, "tenía una orientación sexual homosexual exclusiva." Por el contrario, 40 % de los individuos estudiados eran heterosexuales, 13 % eran bisexuales, 47 % no habían desarrollado una orientación sexual adulta y ninguno "se sentía primariamente atraído sexualmente por otros varones adultos." Posteriormente, en 1991, el profesor Gregory Herek señaló que las conclusiones alcanzadas por Newton y Groth & Birnbaum en 1978 no habían logrado ser desvirtuadas por nuevos datos recogidos en fechas más recientes⁴⁸. Todos los estudios coinciden entonces en que la gran mayoría de quienes abusan de los niños son hombres heterosexuales⁴⁹.

Estas conclusiones se confirman a nivel nacional, pues la Corte no encontró la más mínima evidencia empírica que mostrara que un homosexual es más propenso que un heterosexual a abusar de un menor. Así, según el documento del Instituto de Medicina Legal, adjuntado por el actor al presente expediente, es claro que la mayor parte de las agresiones son efectuadas contra niñas por hombres adultos⁵⁰, lo cual excluye la influencia de la homosexualidad. Igualmente, la Corte también destaca en este punto el testimonio presentado por el Doctor Oscar Solano Forero, Director Programa la Casa, de la Universidad de los Andes, quien señaló que en su experiencia de más de 13 años como educador, consultor y profesional en el ámbito sexual, nunca ha recibido ningún tipo de queja derivada de la orientación sexual de alguno de los docentes, por eventual abuso a un menor, y ni siquiera por bajo rendimiento. Es, más agrega ese profesional, que pudo conocer la orientación sexual homosexual de muchos docentes y era claro que no

⁴⁷ Ver D.E. Newton, "Homosexual Behavior and Child Molestation: A Review of the Evidence," en *Adolescence*, 13, 1978, pp. 29-43; A.N. Groth & H. Birnbaum, "Adult Sexual Orientation and Attraction to Underage Persons," en *Archives of Sexual Behavior*, 7:3, 1978, pp. 175-181. Para una síntesis de estos estudios, ver Gregory Herek. **Sexual Orientation. Loc-cit.**

⁴⁸ Gregory Herek, "Stigma, Prejudice and Violence Against Lesbians and Gay Men," en John Gonsiorek & James Weinrich (eds.), *Homosexuality: Research Implications for Public Policy*, Newbury Park, Sage Publications, 1991, pp. 60-80

⁴⁹ Ver R Gesier. Hidden victims: the sexual abuse of children 75 (1979). Bozett "Children of gay fathers" en *Gay and lesbian Parents*. 1987, p 47. Citados por **Harvard Law Review. Loc-cit.** pp 1639 y 1640.

⁵⁰ Ver Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Centro de Referencia Nacional sobre Violencia. Biletín del 9 de septiembre de 1997, pp 35 y 36.

sólo esa condición no afectaba su desempeño profesional sino que éste “superaba el trabajo de otros docentes heterosexuales”.

Por ende, como no existe ninguna evidencia empírica de que los homosexuales tengan una mayor tendencia al abuso sexual con los menores, la exclusión de estas personas de la docencia es totalmente irrazonable, pues no mejora un ápice la protección del pudor y de la libertad sexual de los niños. No es entonces necesario que esta Corporación examine si existen otros mecanismos alternativos menos lesivos de la igualdad para proteger a los menores, ya que la medida acusada no es ni siquiera adecuada para alcanzar la finalidad pretendida. Por ende, incluso si la homosexualidad no fuera considerada una categoría constitucionalmente protegida, la expresión acusada sería inconstitucional, por ser totalmente inadecuada para proteger a los menores, lo cual muestra que ella se funda en un prejuicio sin asidero empírico alguno, que denota la injusta estigmatización que ha afectado a esta población y que se ha invocado para imponerle cargas o privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica como son el mercado de trabajo y la fuerza laboral del país. Por esta razón, la invocación abstracta del prejuicio en comento como fundamento para privar a una persona de un puesto de trabajo o para negarle el acceso a un cierto empleo no constituye, a juicio de la Corte, razón suficiente a la luz de las exigencias que imponen las prohibiciones establecidas en el artículo 13 de la Carta.

30- Lo anterior no significa que un homosexual que abuse de un menor no deba ser castigado. Si eso ocurre, esa persona debe ser investigada y sancionada de manera ejemplar, pero no por haber asumido una opción sexual diversa a aquella de la mayoría sino por haber cometido una conducta que atenta directamente contra los derechos prevalentes de los niños. Es más, la Corte destaca que los grupos de defensa de los derechos de los homosexuales que participaron en la audiencia pública ante esta Corporación insistieron en que no querían ningún tratamiento privilegiado ante la ley disciplinaria. Así, el Grupo Sol señaló con claridad que su pretensión no era crear un privilegio para los homosexuales que incurran en cualquier tipo de delito o abuso sexual, sino que, al igual que a los heterosexuales que cometan este tipo de faltas, la sanción sobre ellos deberá ser ejemplar, justa y pronta.

El abuso sexual de menores es entonces igualmente reprochable cuando quien incurre en él es homosexual o heterosexual. Por ende, en caso de existir pruebas claras y contundentes de que un individuo - homosexual o heterosexual - es un potencial abusador sexual de menores, la Corte opina que es posible negarle su vinculación laboral o desvincularlo de entidades cuyo propósito esencial consista en la protección de menores, como quiera que, en esta eventualidad, los derechos de los niños a su integridad sexual preceden al derecho de cualquier persona 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.

31- La otra eventual justificación para excluir a los homosexuales del ejercicio de la docencia se encuentra implícita en la argumentación de algunos de los intervinientes, para quienes la presencia abierta de profesores homosexuales podría inducir comportamientos indebidos o identificaciones "anormales" en sus educandos. Aun cuando estos intervinientes no son totalmente explícitos en sus tesis, en el fondo su argumento sugiere que la homosexualidad de un docente implica un riesgo de que el alumno devenga por tal razón homosexual, lo cual es perjudicial y debe a toda costa ser evitado.

La Corte considera que esa tesis no es de recibo ya que no sólo simplifica en extremo el complejo proceso de formación de la identidad y la orientación sexuales de una persona, sino que conduce además a contradicciones argumentativas y reproduce estigmas contra las poblaciones homosexuales.

Así, en primer término, estas defensas de la norma acusada se fundan en una postura discriminatoria contra la homosexualidad, por cuanto consideran que es deber del Estado evitar a toda costa que un menor pueda desarrollar una orientación homosexual, tesis que esta Corte no puede aceptar, por las razones ampliamente desarrolladas en los fundamentos anteriores de esta sentencia, y que la llevaron a concluir que la homosexualidad goza de una protección constitucional especial. Por ende, en este caso no es ni siquiera claro que la exclusión de los homosexuales persiga una finalidad constitucionalmente imperiosa, lo

cual es ya suficiente para desechar este tipo de argumentos en defensa de la norma acusada.

En segundo término, y como lo señalaron varios intervinientes en la audiencia, y ya se explicó en esta sentencia, la formación de la orientación sexual de una persona es un proceso muy complejo, en el cual inciden múltiples factores, incluso orgánicos⁵¹, como lo muestra el debate, reseñado en esta providencia, sobre el eventual condicionamiento biológico de la preferencia sexual. En tal contexto, no es razonable suponer que la simple presencia de un profesor con una determinada orientación sexual provoque una orientación igual en sus alumnos pues, si así fuera, como bien lo anotaron varios intervinientes, resultaría inexplicable que existieran hijos y alumnos homosexuales de padres y maestros heterosexuales. Este razonamiento se ve confirmado además por la evidencia empírica existente sobre el tema, ya que no existe ninguna investigación que demuestre que la existencia de un profesor homosexual genere identidades homosexuales en sus educandos. Así, según el concepto del profesor Perea remitido a esta Corporación, los estudios que se han realizado con padres y madres homosexuales o heterosexuales han comprobado que la orientación sexual de los hijos no depende de aquella de los padres. Este profesional se refiere a una investigación adelantada por Green en 21 niños educados por madres homosexuales, la cual mostró que no presentaban diferencias con un grupo de control educado por padres heterosexuales, por lo cual concluía que tener una madre homosexual no afecta la orientación sexual del menor⁵². Esto coincide con otras investigaciones que indican que la gran mayoría (entre el 90 y el 95%) de los hijos e hijas de padres homosexuales se convierten en adultos heterosexuales, porcentaje que se asemeja al estimado de heterosexuales en la población en general, lo cual confirma que la orientación homosexual de los padres no aumenta la probabilidad de que los menores sean homosexuales⁵³. Todo esto muestra que si bien la causa de la homosexualidad no ha sido determinada, es claro que los hijos de padres homosexuales no tienen mayores probabilidades de ser

⁵¹ Ver Supra Fundamento Jurídico No 16 y nota de pie de página 14.

⁵² R Green. Sexual identity of thirty seven children raised by homosexual or transexual parents en **American Journal of Psychiatry**, 692-697, 1978, citado por el concepto del profesor Iván Perea Fernández, folio 168 del expediente.

⁵³ Patterson y Chan. "Gay Fathers" en Lamb M.E (Ed) **The role of the father in child development** (3 Ed). New York, Wiley, 1997, pp 245 y ss, citado por Ruben Ardila. **Op-cit**, p 119.

homosexuales que los hijos de padres heterosexuales⁵⁴. En tales circunstancias, si ni siquiera la presencia permanente de padres homosexuales determina una orientación homosexual en el menor, con menor razón puede sostenerse que la presencia ocasional de algún docente homosexual provoque una orientación homosexual en los educandos. Por ende, si bien la imitación juega un papel en la modelación de la conducta, y los maestros juegan un papel importante en la formación de sus educandos, los datos existentes indican que la orientación sexual del docente no ejerce ninguna influencia determinante en el desarrollo sexual de la orientación sexual del niño.

Finalmente, esta tesis de los intervinientes conduce a inaceptables paradojas. Así, esta Corte ha reconocido que los alumnos pueden presentar preferencias homosexuales, sin que puedan ser excluidos de un centro educativo por tal razón⁵⁵. ¿Significa lo anterior que estos alumnos pueden cuestionar a sus profesores heterosexuales por la manera como éstos pueden afectar su identidad sexual? Por ende, la aceptación de la argumentación de los intervinientes tendería a segregar la formación educativa en diversos compartimentos estancos, lo cual resulta contrario al espíritu pluralista que orienta a la Constitución. En tal sentido, la Corte considera más plausible la tesis de varios intervinientes, según la cual, la presencia de profesores con distintas orientaciones sexuales, en vez de afectar el desarrollo psicológico y moral de los educandos, tendería a formarlos en un mayor espíritu de tolerancia y de aceptación del pluralismo, lo cual es no sólo compatible con la Carta sino que puede ser considerado un desarrollo de los propios mandatos constitucionales, que establecen que la educación deberá formar al colombiano en el respeto de los derechos humanos, la paz y la democracia (CP art. 67).

El argumento de los intervinientes no es entonces de recibo, pues la sola presencia abierta de maestros homosexuales no puede ser considerada

⁵⁴ Ver Harvard Law Review. Loc-cit, p 1639, quien cita en su apoyo los siguientes trabajos: *Assessing the Children's Best Interests When a Parent is Gay or Lesbian: Toward a Rational Custody Standar*, 32 UCLA L. Rev. 852-83 & n. 194 (1985)., Golombok, Spencer & Rutter, *Children in Lesbian and Single-Parent House-holds : Psychosexual and Psychiatric Appraisal*, 24 J. CHILD PSYCHOLOGY & PSYCHIATRY 551, 568 (1983); Green, *The Best Interest of the Child with a Lesbian Mother*, 10 Bull. AM. ACAD. PSYCHIATRY & L. 7, 13 (1982); Green, Mandel, Hotvedt, Gay & Smith, *Lesbian Mother and Their Children : A Comparison with Solo Parent Heterosexual Mothers and Their Children*, 15 ARCHIVES SEXUAL BEHAV. 167, 181 (1986); Kirkpatrick, Smith & Roy, *Lesbian Mothers and Their Children: A Comparative Survey*, j. ORTHOPSYCHIATRY 545,551 (1 981).

⁵⁵ Ver sentencia T-101 de 1998

una amenaza al libre desarrollo de los educandos. Otra cosa muy diferente es que un determinado docente aproveche su condición para escandalizar o inducir en determinadas prácticas indebidas a sus educandos, caso en el cual debe ser sancionado, al igual que un profesor heterosexual que realizara ese mismo tipo de comportamientos, tal y como lo ordenan no sólo el estatuto docente sino también el Código Disciplinario Unico, los cuales señalan que es deber de los educadores observar no sólo una conducta pública que sea acorde con el decoro y dignidad del cargo sino además respetar los derechos de los alumnos⁵⁶. Por ende, las conductas que atenten contra el pudor y la libertad sexuales de los alumnos son sancionables pero, como ya se señaló, el castigo derivaría, no de la preferencia sexual del maestro, que no merece ningún reproche, sino de aquellas conductas que hayan podido amenazar o vulnerar derechos de los menores.

Decisión a tomar.

32- Por todo lo anterior, la Corte concluye que no existe ninguna justificación para que se consagre como falta disciplinaria de los docentes la homosexualidad. Con todo, podría pensarse que no es necesario declarar la inconstitucionalidad de la expresión acusada sino que basta condicionar su alcance. Tal es la tesis esbozada por la Procuraduría, quien solicita a esta Corte retomar los criterios adelantados por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 12 de agosto de 1982, y según la cual el comportamiento homosexual sólo debe ser sancionado disciplinariamente cuando trascienda a la vida pública y afecte el adecuado funcionamiento del servicio público de la educación. Dijo entonces esa Corporación en un caso similar:

“Naturalmente que cualquiera de los comportamientos arriba referidos que despliegue el funcionario debe ser sancionado por el juez disciplinario cuando, como lo afirma la Viceprocuradora, ‘pierda su naturaleza privada y trascienda a la vida pública’, y en sentir de la Corte además cuando, genere indefectiblemente actitud ostensible de reprobación social, o corresponda a prácticas conexas o colindantes con actos delictivos, o de alguna manera signifique un evidente desdoro y ocasione una consiguiente desconfianza pública en relación con la administración de justicia. Al Estado solo le debe

⁵⁶ Ver Ley 200 de 1995, arts 40 y 41 y decreto 2277 de 1979 art. 44.

interesar que la función pública no se vea comprometida con el comportamiento indebido de sus funcionarios, pero no escudriñar su derecho de intimidad y su recato”.

La Corte Constitucional considera que esa tesis es inadmisibile en el contexto de la actual Carta, pues si bien protege en parte la intimidad de los homosexuales, por el contrario mantiene intactos los prejuicios y la discriminación social y jurídica contra esta población, pues ¿qué significa que la homosexualidad debe ser sancionada cuando trascienda a la vida pública y afecte el adecuado funcionamiento del servicio público de la educación? ¿Implica lo anterior que los homosexuales deben ocultar a toda costa su orientación sexual? Esa restricción es inadmisibile pues viola la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, ya que a los heterosexuales no se les impone tal exigencia. O, el argumento es que deben sancionarse las otras conductas de los homosexuales que lesionen la administración pública o afecten los derechos de terceros. Pero en tal evento, exactamente lo mismo se puede predicar de los heterosexuales, pues también en su caso esas conductas son sancionables. Por ende, la conservación de la expresión impugnada en el ordenamiento jurídico lo único que hace es legitimar los prejuicios y el estigma contra la población homosexual sin proteger un ápice los derechos de los menores, por cuanto éstos, no se ven afectados ni amenazados por la sola presencia de docentes homosexuales.

33- En ese mismo orden de ideas, tampoco es admisible la tesis del Ministerio de Educación, según la cual la expresión acusada es exequible, siempre y cuando se la interprete en consonancia con el artículo 21 del decreto 2480 de 1986, según el cual, al aplicar la conducta prevista por la expresión acusada, “se tendrá en cuenta que ningún comportamiento que atente contra la libertad y el pudor sexual debe tener lugar bajo ninguna circunstancia entre docente y alumno”. Según el Ministerio, esta interpretación sistemática mostraría que la persona no es sancionada por ser homosexual sino que es investigada sólo si se aprovecha de su condición de docente y afecta el pudor sexual de sus alumnos, conducta que también es castigada en el caso de los docentes heterosexuales. Sin embargo esa tesis es contradictoria, pues en el fondo el interviniente sostiene que la expresión acusada es exequible, en el entendido de que no es aplicable y no produce ningún efecto jurídico autónomo. En ese orden de ideas, ¿qué utilidad tiene conservar en el ordenamiento una norma que no será aplicada y que en cambio mantiene el estigma contra los

homosexuales? Ninguna, salvo preservar la discriminación contra esas personas, por lo cual la Corte considera que es necesario excluir del ordenamiento una expresión que es abiertamente incompatible con los principios y valores de la Constitución.

34- Con todo, podría objetarse que existe otra razón que justifica una constitucionalidad condicionada de la expresión acusada, al menos en el ámbito de la educación privada, y es la siguiente: podría argumentarse que las anteriores consideraciones son válidas para los docentes públicos, pero que la situación de los educadores que laboran en los colegios privados es diferente, por cuanto la Constitución y los tratados de derechos humanos establecen que los padres pueden escoger la educación para sus hijos (CP art. 68). Por ende, la Carta protege un cierto pluralismo educativo, ya que los colegios privados pueden tener orientaciones pedagógicas diversas, que responden a visiones filosóficas disímiles. Según esta objeción, un colegio privado, que desee formar a sus estudiantes de acuerdo a ciertas concepciones que son contrarias a la homosexualidad, podría excluir de su planta profesoral a los docentes que expresaran esa orientación sexual, por cuanto ésta no se adecuaría al proyecto educativo del establecimiento. Por ende, según esta argumentación, habría que concluir que la expresión es constitucional en relación con los colegios privados.

La Corte considera que la anterior objeción no es de recibo por cuanto, como ya se explicó en el fundamento jurídico No 7 de esta sentencia, la expresión acusada establece el “homosexualismo” como una mala conducta, cuya consecuencia es el aplazamiento del ascenso en el escalafón docente, la suspensión o la exclusión del mismo, sanción que es impuesta por la Junta Seccional del Escalafón. Ahora bien, este escalafón es un sistema público de clasificación de todos los docentes, sin que importe si éstos laboran en un colegio privado o en un establecimiento público, por lo cual se trata de una típica regulación estatal, que cubre a todos los docentes y que debe entonces ser neutra frente a las distintas orientaciones sexuales de estas personas. El argumento de la protección al pluralismo educativo y a la autonomía de los establecimientos privados no es entonces relevante en este caso, sin que la Corte, en esta precisa oportunidad, deba entrar a examinar si resulta inconstitucional que un colegio particular excluya del plantel a un educador, por el hecho de ser homosexual, por cuanto esa discusión no es necesaria para tomar una determinación frente a la norma acusada. La Corte simplemente recuerda

que la Carta reconoce el pluralismo educativo y el ordenamiento confiere una cierta autonomía a los establecimientos educativos privados para manejar sus asuntos, pero obviamente dentro del estricto marco de la Constitución.

35- Conforme a lo anterior, la única decisión posible es la inexecutable de la expresión acusada, y así se declarará en la parte resolutive ya que, como se ha mostrado en esta sentencia, la exclusión de los homosexuales de la actividad docente es totalmente injustificada, pues no existe ninguna evidencia de que estas personas sean más proclives al abuso sexual que el resto de la población, ni que su presencia en las aulas afecte el libre desarrollo de la personalidad de los educandos. Además, el propio ordenamiento prevé sanciones contra los comportamientos indebidos de los docentes, sean ellos homosexuales o heterosexuales. Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “El homosexualismo” del literal b) del artículo 46 del decreto 2277 de 1979

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
MORÓN DÍAZ Magistrado
Magistrado

FABIO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-481/98

REGIMEN DISCIPLINARIO PARA DOCENTE-Interpretación teleológica/HOMOSEXUALIDAD DEL DOCENTE- Se sanciona conducta y no condición de la persona (Salvamento de voto)

Lo dispuesto en el artículo citado no puede ser interpretado en forma aislada, como si se tratara de una norma insular, sino que se impone, por su propia índole, una interpretación sistemática, averiguando además el telos de la norma legal en cuestión. La decisión contenida en la Sentencia C-481 del 9 de septiembre de 1998, por haber partido de una premisa equivocada, llegó, en consecuencia, a una conclusión igualmente errónea, pues entendió que el artículo 46, literal b), del Decreto-Ley 2277 de 1979, tipifica como "mala conducta" de los docentes el sólo hecho de "ser homosexual", cuando la norma aludida se refiere a la conducta, es decir, al "comportamiento", del homosexual en su relación con los infantes o adolescentes puestos bajo su cuidado, o, dicho de otra manera, al "hacer", que, por definición, es distinto al "ser", desde el punto de vista ontológico, todo lo cual lleva a concluir que el legislador adoptó esa norma como una medida de protección a niños y adolescentes.

Referencia: Expediente D-1978

Los suscritos magistrados, con el debido respeto hacia la decisión adoptada por la mayoría, en la cual se declara inexecutable la expresión "El homosexualismo", contenida en el literal b) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, salvamos nuestro voto respecto del texto final de la Sentencia mencionada.

Discrepamos de lo resuelto, por las siguientes razones:

Primera. Mediante el Decreto-Ley 2277 de 1979, se dictaron las normas que rigen en Colombia "el ejercicio de la profesión docente", entre las cuales se encuentra el artículo 46, que establece las "causales de mala conducta" en que pueden incurrir los educadores de preescolar, primaria y secundaria a quienes se refiere el estatuto docente, lo que indica, de

entrada, que lo dispuesto en el artículo citado no puede ser interpretado en forma aislada, como si se tratara de una norma insular, sino que se impone, por su propia índole, una interpretación sistemática, averiguando además el telos de la norma legal en cuestión.

El sistema del cual hace parte el segmento normativo acusado no es otro que un ordenamiento especial disciplinario que, en cuanto tal, regula tipos de conducta (actos u omisiones) susceptibles de sanción. Contempla, entonces, maneras de proceder y no condiciones o características de las personas.

En cuanto a la finalidad o el propósito de la disposición, radica específicamente en la protección de los menores respecto de comportamientos de quienes les imparten educación, por los cuales se desfiguran o deforman los elementos constitutivos de su personalidad, ya sea mediante insinuaciones o propuestas o merced al ejemplo, los ademanes o las actitudes externas, que si son de personas homosexuales, pueden afectar al niño en una etapa crítica de su formación.

Segunda. Siendo ello así, ha de observarse que el artículo 46 del Decreto-Ley 2277 de 1979, cuando establece "causales de mala conducta" para los docentes, necesariamente se refiere a actuaciones de quienes se desempeñan como educadores de preescolar, primaria y secundaria, en el ejercicio de su función como tales, o sea en relación directa con los educandos.

Tercera. Precisamente por ello, el artículo 46 del Decreto-Ley 2277 de 1979 establece que esos comportamientos, objetivamente configurados, son constitutivos de "mala conducta". Lo serán cuando se trate de "hechos debidamente comprobados", entre los cuales incluye "el homosexualismo" en el literal b), lo que significa que no se tipifica como falta la "homosexualidad", entendida como "inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo", según la define el Diccionario de la Real Academia Española. Lo que la norma aludida establece como falta es la práctica de las relaciones homosexuales o las demostraciones externas de la tendencia homosexual, el acoso, la persecución o la insinuación a los estudiantes con esa o similar finalidad, conductas todas ellas que pueden afectar, y afectan, la formación de la personalidad de los educandos. Estos, por su corta edad si son niños, requieren por mandato constitucional la protección del Estado, de manera tal que sus derechos

prevalezcan sobre los derechos de los demás (artículo 44 C.P.), e igual sucede si se trata de adolescentes, por expreso mandato del artículo 45 de la Carta Política.

Cuarta. Si, en ejercicio de su propia libertad, el adulto opta por el homosexualismo, e invoca para ello el derecho que le asiste "al libre desarrollo de su personalidad", es un asunto suyo, de carácter personal, que, ciertamente, no puede ser objeto de punición por parte del Estado, a menos que so pretexto de la autonomía personal se llegaren a afectar "los derechos de los demás y el orden jurídico", pues éstos son los límites que la Constitución le establece (artículo 16 C.P.). Pero reconocerlo así no puede implicar que, como lo ha entendido la mayoría, resulte vulnerada esa prerrogativa individual si por norma legal se señalan límites a las demostraciones externas de esa inclinación sexual cuando se ejerce una función tan importante y exigente como la educativa, pues, al contrario, el legislador goza de atribuciones para obrar en tal sentido con miras a la adecuada formación de niños y jóvenes.

Quinta. De esta suerte, a nuestro juicio, la decisión contenida en la Sentencia C-481 del 9 de septiembre de 1998, por haber partido de una premisa equivocada, llegó, en consecuencia, a una conclusión igualmente errónea, pues entendió que el artículo 46, literal b), del Decreto-Ley 2277 de 1979, tipifica como "mala conducta" de los docentes el sólo hecho de "ser homosexual", cuando, como queda demostrado, la norma aludida se refiere a la conducta, es decir, al "comportamiento", a los "hechos debidamente comprobados" del homosexual en su relación con los infantes o adolescentes puestos bajo su cuidado, o, dicho de otra manera, al "hacer", que, por definición, es distinto al "ser", desde el punto de vista ontológico, todo lo cual lleva a concluir que el legislador adoptó esa norma como una medida de protección a niños y adolescentes, entre otras cosas porque, como ya lo había dicho la fábula de Pombo, "donde haya queso no mandéis gatos", que bien se compagina con la sabiduría popular, la cual también tiene entendido que "la ocasión hace al ladrón".

Nos preocupa la circunstancia de que haya desaparecido la norma que tipificaba la conducta disciplinaria. Y no otro es el efecto de la inexequibilidad declarada.

Como en el Estado de Derecho, en el cual el principio de legalidad es garantía básica que integra el debido proceso, mal puede castigarse a

alguien por incurrir en conductas no tipificadas de manera expresa en norma legal anterior, es menester concluir que nadie podrá ser sancionado si se le comprueban comportamientos como los descritos, puesto que no están contemplados, en cuanto tales, en disposición alguna de la ley. Y esta Sentencia de la Corte, pese a su buena intención, no puede tener el carácter de norma, ya que el juez de constitucionalidad no puede sustituir al legislador.

Así, pues, por preservar los derechos de los homosexuales, se han dejado sin amparo los de los niños y adolescentes (arts. 44 y 45 C.P.).

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

Fecha, ut supra.

Aclaración de voto a la Sentencia C-481/98

PRINCIPIO DE IGUALDAD-No discriminación de homosexuales
(Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-1978
Acción de inconstitucionalidad contra
el artículo 46 (parcial) del decreto
2277 de 1978.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de esta Honorable Corporación, aclaro mi voto en torno a la Sentencia adoptada en el asunto de la referencia, de acuerdo con los siguientes criterios:

Aún cuando estoy plenamente de acuerdo con la decisión adoptada por la Sala, toda vez que de la condición de homosexual de una persona no puede derivarse una connotación de indignidad personal ni una justificación para ningún tipo de discriminación, considero que en la parte motiva del fallo ha debido hacerse también énfasis en los derechos de los niños a ser amparados contra cualquier forma de exteriorización de las tendencias sexuales de sus maestros, sean ellos homosexuales o heterosexuales, que pueda constituirse en mal ejemplo, en escándalo, en inducción hacia prácticas de ese tipo, o en acoso. Al respecto reitero la posición expresada en la Sentencia T-539/94, de la cual fui ponente:

"El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual. Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia. Un trato justo, hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. Si los homosexuales adoptan una conducta diferente, a la de los heterosexuales no por ello jurídicamente carecen de legitimidad. En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como

derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual".

En los anteriores términos, dejo aclarado mi voto.

Fecha ut supra,

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado