

**Litigar y educar para el cambio social:
Los aportes de la educación legal clínica en Colombia para avanzar en el
reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo**

Robinson Sánchez Tamayo¹

Abstract

El litigio estratégico, litigio de interés público o litigio de alto impacto en Colombia ha sido entendido como una herramienta para promover o impulsar desarrollos, transformaciones o rupturas normativas, en concordancia con determinadas luchas políticas de sectores de la población, especialmente de aquellos que presentan importantes grados de discriminación. Esto a partir de las decisiones judiciales de las Altas Cortes, principalmente de la Corte Constitucional. De ahí que este tipo de litigio constituya un mecanismo idóneo para el estudio de las acciones constitucionales en las facultades de derecho en el país. Producto de esta idea en Colombia se han desarrollado, por lo menos, dos ejercicios de acción legal de constitucionalidad que se han alineado con las expectativas de movilización legal del movimiento LGBTI del país: 1) el reconocimiento de parejas del mismo sexo y 2) la adopción de parejas del mismo sexo, ambos liderados por dos clínicas legales del país. Así, esta ponencia pretende presentar estos dos casos como ejemplos exitosos de movilización legal y educación legal clínica a partir del litio estratégico.

Palabras clave

Litigio estratégico, educación jurídica, educación legal clínica, parejas del mismo sexo.

Introducción

El litigio estratégico, litigio de interés público o litigio de alto impacto en Colombia ha sido entendido como una herramienta para promover o impulsar desarrollos, transformaciones

¹ Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Los Andes. Docente de Tiempo Completo de la Universidad Militar Nueva Granada, integrante del grupo de investigación Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Políticas Públicas, director de la Clínica Legal de Investigación y Acción Social – CLIAS. Correo: robinson.sanchez@unimilitar.edu.co

o rupturas normativas, en concordancia con determinadas luchas políticas de sectores de la población, especialmente de aquellos que presentan importantes grados de discriminación. Esto a partir de las decisiones judiciales de las Altas Cortes, principalmente de la Corte Constitucional. De ahí que este tipo de litigio constituya un mecanismo idóneo para el estudio de las acciones constitucionales en las facultades de derecho en el país. Producto de esta idea en Colombia se han desarrollado, por lo menos, dos ejercicios de acción legal de constitucionalidad que se han alineado con las expectativas de movilización legal del movimiento LGBTI del país: 1) el reconocimiento de parejas del mismo sexo y 2) la adopción de parejas del mismo sexo, ambos liderados por dos clínicas legales del país.

Así, esta ponencia, aún en construcción, pretende presentar estos dos casos como ejemplos exitosos de movilización legal y educación legal clínica a partir del litio estratégico. Con esta idea, el presente ensayo pretende exponer algunas consideraciones teóricas básicas para emprender este estudio y exponer dos casos que sirvan para ilustrar su ejercicio, con un fin exclusivamente pedagógico para luego exponer las posibilidades que se están explorando en la Clínica Legal de Investigación y Acción Social – CLIAS de la Universidad Militar Nueva Granada para avanzar en este propósito.

Para ello, se parte de la premisa de que el litigio estratégico puede ser estudiado desde dos perspectivas: 1) como un ejercicio de transformación social y 2) como una herramienta de enseñanza del derecho. Ambas perspectivas son presentadas en este ensayo de manera articulada, considerando que “el desarrollo de estrategias de litigio de alto impacto constituye una alternativa excepcional para enseñar y ejercer el derecho, entendiendo el derecho relacionado con otras posibles disciplinas que, en conjunto y de forma coherente, pueden dar solución integral a las problemáticas sociales” (Correa, 2008).

1. Litigar para el cambio social

A diferencia del litigio tradicional que busca la adjudicación judicial de intereses de las partes en disputa, el litigio estratégico, litigio de interés público o litigio de alto impacto busca construir nuevos marcos analíticos en el mundo jurídico a partir de esa adjudicación judicial, ya que se ejerce con el claro de contribuir a un determinado cambio social

(Villareal, 2007). este tipo de acciones “permiten fijar posiciones, romper paradigmas y alcanzar soluciones para colectivos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad” (Coral et al., 2010). En este sentido, se considera de interés público en tanto que trasciende los intereses de las partes pues quien “inicia un litigio estratégico busca utilizar la ley como un medio para dejar huella, más que simplemente ganar el caso en particular” (Geary et al., 2008). Pues, como lo señala Azuero (2007), “Lo que distingue el litigio de alto impacto frente a otras formas de litigio, es precisamente su efecto sobre el entramado social. Se trata de una técnica que busca defender intereses de grupos o individuos y al mismo tiempo generar un cambio en la sociedad en su conjunto” (Azuero, 2007).

Estos objetivos son compartidos por Abramovich (2005) para quien las acciones judiciales pueden ser conducidas para “convertir en legal una decisión de política pública ya asumida por el Estado, ejecutar una ley o una norma administrativa que fija obligaciones jurídicas en materia social, establecer un marco dentro del cual la administración debe diseñar e implementar acciones concretas y monitorear su ejecución, hasta determinar una conducta a seguir o, en ciertos casos, meramente declarar al Estado en mora respecto de una obligación sin imponer remedio procesal o una medida de ejecución determinada” (Abramovich, 2005). Garantizando así, como es de su preocupación, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que es un tema especialmente ilustrativo de cómo se puede ampliar conceptos jurídicos a partir de la adjudicación judicial, pues tal y como lo explica Arango (2001), entender la justiciabilidad de los derechos sociales, como lo ha hecho la Corte Constitucional con la protección vía tutela del derecho a la salud o al mínimo vital (que no está consagrado expresamente en la Constitución) requiere una concepción evolucionada de la idea de derechos subjetivos, de tal manera que no solo involucre la titularidad del derecho (tener derecho a la movilización) sino la capacidad de ejercer dicho derecho (poderme mover efectivamente de un lugar a otro).

Desde esta perspectiva, el litigio estratégico implica una nueva concepción del papel de juez en la interpretación del derecho, pues se basa en la convicción de que el juez puede en sí mismo crear derecho, si no también que puede participar en la definición de políticas públicas que se expresa en desarrollo jurídicos como la relocalización del precedente judicial en el sistema de fuentes del derecho o la definición de estados de cosas inconstitucionales, por ejemplo.

En Colombia, estas ideas han logrado un desarrollo tanto en la teoría jurídica y constitucional como en la práctica de la Corte Constitucional. Autores como Diego López, Rodolfo Arango, Rodrigo Uprimny, Daniel Bonilla, han estudiado con seriedad la jurisprudencia de las Altas Cortes, principalmente de la Corte Constitucional, en esta dirección.

Sobre el valor del precedente judicial como fuente de derecho, López (2015) ha explicado el debate desarrollado en el país sobre el papel de la jurisprudencia como fuente del derecho², toda vez que ésta ha sido tradicionalmente considerada como una fuente secundaria y, hasta cierto punto, marginada. Pero con el tiempo, la jurisprudencia fue adquiriendo mayor protagonismo en un escenario jurídico que necesitaba de fuentes vivas, contextuales y dialógicas, es decir, fuentes que complementaran la labor de la ley para regular en aquellos casos en los cuales se presentan indeterminaciones, vacíos o contradicciones, y en los cuales, por tanto, la sola lectura del texto legal resulta insuficiente. Así, las miradas se dirigen a la actividad judicial, pues como lo explica la Corte Constitucional en la Sentencia C-836/01 “la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo”

Esta demanda de mayor actividad de la jurisprudencia fue particularmente evidente con el desarrollo de las funciones de control constitucional y la protección de los derechos fundamentales de la Corte Constitucional, pues debido a la textura abierta de los textos constitucionales, y de los derechos en general, se exige una mayor intervención judicial para interpretar los contenidos de esa nueva idea de Estado Social de Derecho así como de los alcances de la nueva carta de derechos que debe proteger. Pero a su vez, este contexto exige así mismo, mayor coherencia en la decisión judicial y, por ello, la Corte Constitucional empieza a salvaguardar el precedente judicial como una forma de protección al derecho de igualdad, pues, como lo explica López, “las personas tenían un

² Dicho debate, lo enmarca López, en la idea de regla de reconocimiento de Hart (1994) usada para “identificar con claridad cuáles son los pronunciamientos autoritativos con valor normativo que cuentan válidamente como derecho dentro del ordenamiento jurídico nacional” (López, 2015). Al respecto se puede leer autores como Savigny, Kelsen, Austin, Hart, Raz, Kennedy, entre otros.

derecho subjetivo público de rango constitucional (y, hoy en día, de hecho, un ‘derecho fundamental’ reconocido) a que sus casos fueran resueltos de manera normativamente coherente con las decisiones anteriores que los jueces hubiesen expedido con respecto a los mismos temas” (López, 2015)³. Así, lo explica el Alto Tribunal en la Sentencia C-836/01, para quien el derecho a la igualdad comprende tanto la igualdad ante la ley como la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades que convergen en la actividad judicial, “pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto (...) la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación en la aplicación de la ley”.

De ahí que la sentencia C-836/01 sea considerada como la sentencia de consolidación de la doctrina del precedente judicial en la Corte Constitucional. En la cual, el alto tribunal debió analizar el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en sus propias decisiones (precedente horizontal) y en las decisiones de los jueces ordinarios inferiores (precedente vertical). Allí, la Corte Constitucional establece que fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene de:

(1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

Reconociendo así que el carácter normativo de la decisión judicial, en este caso, de la Corte Suprema de Justicia, proviene de la su propia función constitucional y, en ese sentido, “Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate

³ Las sentencias enunciadas como referente de lo anterior, son las siguientes: C-113 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía), C-131 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-083 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria), T-123 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes), C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), SU-047 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria y Alejandro Martínez Caballero).

de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional”. Una concepción que fue ampliada a las demás cortes de cierre con la Sentencia C-816 de 2011, en el que la Corte explica que "la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones”. Así, pues como lo explica López, “el principio de legalidad tuvo que ensancharse para admitir la llegada del poder complementador e innovador de la jurisprudencia” (López, 2015), que ahora con su reconocida fuerza vinculante se relocaliza como una fuente fundamental en nuestro sistema de fuentes. Incluso hoy es difícil encontrar una demanda de cualquier tipo o un trabajo académico que no incluya jurisprudencia entre sus fuentes⁴.

Por su parte, la definición de estados de cosas inconstitucionales se puede considerar como una de los mejores ejemplos del rol de juez en la definición de políticas públicas. Esta es una figura utilizada por la Corte Constitucional cuando encuentra que una determinada población se encuentra en una situación sistemática y estructural de sus derechos constitucionales y, por lo tanto, su situación está por fuera de los mandatos de la Constitución generando una serie de obligaciones a diferentes órganos del Estado para que resuelvan o superen dicha situación. Así, entonces, este estado “se presenta cuando la Corte verifica un entorno de violación reiterada y masiva de derechos, que proviene de acciones u omisiones de diversas instituciones y que agudiza la profunda crisis económica y la desigualdad social, demostrando la incoherencia entre los principios plasmados en el ordenamiento jurídico y el efectivo cumplimiento de los mismos en los aspectos sociales de las comunidades” (Saravia & Rodríguez, 2015). Esta situación se podría originar debido a lo que Rodríguez (2010) denominaría como “condiciones de proceso”, es decir, cuando hay fallas estructurales en el diseño e implementación de políticas públicas y como “condiciones de resultado”, cuando afrontamos una violación masiva y sistemática de los derechos fundamentales de cierto número de personas, a lo que se podría agregar la “necesidad imperiosa del trabajo en conjunto de diversas

⁴ Para profundidad sobre el precedente en Colombia se puede leer en las obras de Javier Tamayo Jaramillo, Manuel Fernando Quinche, Raquel Bastidas de Ramírez, Leonor Moral Soriano, entre otros.

autoridades públicas para la modificación de una realidad que resulta contraria a la Constitución” (Quintero, Navarro & Meza, 2011)⁵.

Con esta idea, la Corte Constitucional ha decretado el estado de cosas inconstitucional por situación de la población carcelaria (Sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013), en materia de desplazamiento forzado (sobre la cual la Sentencia T-025 de 2004, es considerada como la sentencia hito), en el concurso de notarios (Sentencias SU 250/98 y C-421/06), en materia pensional (Sentencia T-068/98). En todas ellas, la Corte Constitucional ha generado una serie de órdenes que incluyen medidas como el diseño y puesta en marcha de políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional; la apropiación de recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos; la modificación de prácticas, fallas de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución; la reforma del marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucional, y la realización de trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos. Con lo cual vemos a los jueces incidiendo en la formulación e implementación de políticas públicas, una tarea que parecía reservada para el poder Ejecutivo. E incluso, más allá de lo anterior, la Corte Constitucional diseñó un sistema para estudiar el cumplimiento de sus órdenes a través de los Autos de Cumplimiento, los más paradigmáticos son los de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 (A. 177/05, A. 178/05, por ejemplo).

Para Uprimny (1997), este nuevo papel del juez se desarrolla como consecuencia de la formulación del Estado colombiano como un Estado social y democrático de derecho, lo cual implica la armonización de principios que representan modelos ideológicos diferentes y, a veces, contradictorios: el principio liberal, que exige seguridad jurídica y el respeto de los derechos individuales; el principio democrático, que se basa en el respeto por las decisiones mayoritarias y los consensos sociales, y el principio social, que busca el logro de una sociedad materialmente más justa.

⁵ Para estudiar más sobre el estado de cosas inconstitucional, se recomienda la lectura de autores como Luis Ricardo Gómez Pinto, Gregorio Mesa Cuadros, Mario González Vargas y la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento CODHES, entre otros..

Aquí el ejemplo típico es de la protección derecho fundamental al mínimo vital (que no está consagrado expresamente en la Constitución) ante la Corte Constitucional por vía de tutela. Este caso, sirve para ejemplificar cómo se ha ampliado la idea de derechos fundamentales, llegando a extender dicho concepto a derechos innominados, partiendo de la idea, como lo explica Arango (2001) de que así como una norma constitucional puede ser la base de varios derechos fundamentales, del mismo modo, un derecho fundamental puede construirse a partir de varias normas constitucionales.

La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido reiteradamente en su jurisprudencia el derecho fundamental al mínimo vital como un derecho que materializa el Estado Social de Derecho, en tanto se deriva de los principios dignidad humana y solidaridad pues, como lo señala en su Sentencia SU-995 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”.

Este concepto de la Corte Constitucional es, a su vez, un desarrollo de los contenidos normativos de diferentes instrumentos de derechos humanos, como lo ha establecido la misma Corporación en la Sentencia T-211 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) en la que recuerda que el numeral 3 del artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. Así, según considera el tribunal, “esta norma, permite evidenciar que se trata de un derecho que protege la subsistencia de las personas, tanto del individuo como de su núcleo familiar y que, en principio, se satisface mediante la remuneración de la actividad laboral desempeñada. Otro elemento que se desprende del mencionado artículo es que no se trata de cualquier tipo de subsistencia, sino que la misma debe revestirse de tales calidades que implique el desarrollo de la dignidad humana”. En la misma sentencia, se recuerda, igualmente, las obligaciones contraídas por el Estado en virtud del artículo 25 de dicha declaración que señala que “(...) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia,

la salud y el bienestar, y en especial [que no exclusivamente-], la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...). Ello, en concordancia con lo establecido en los artículos 7 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho de toda persona a contar con unas “condiciones de existencia dignas (...)”, al igual que el derecho a “(...) un nivel de vida adecuado (...) y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”. En el mismo sentido también debe tenerse en cuenta el artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que establece el derecho a “(...) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias (...)”.

Estas dos sentencias, empero, sólo constituyen dos ejemplos de una larga jurisprudencia que sobre la materia ha establecido la Corte Constitucional desde el año 1992, pero que en su conjunto sirve para ilustrar el nuevo rol de los jueces y de su jurisprudencia, particularmente de los jueces constitucionales, en el sistema de fuentes del derecho, es decir, en su capacidad de producir contenidos jurídicos. Este nuevo papel es importante, para los efectos de este texto, para comprender las expectativas de cambio social que se encuentra en la adjudicación judicial. Lo cual, considero, es una explicación de la relevancia que ha adquirido el litigio estratégico en nuestra cultura jurídica.

Así, aunque el litigio de por sí se considera como una acción ante jueces, dicha idea en el marco de las funciones eminentemente políticas de la Corte Constitucional, trasciende dicho impacto, permeando otras ramas del poder público. Este nuevo papel de los jueces supera la idea de litigio estratégico de Correa (2008), para quien dicho ejercicio tiene diferentes objetivos según las ramas del poder público, así del poder judicial se espera pronunciamientos en un determinado sentido; del ejecutivo, la definición de planes, proyectos, incluso políticas públicas que ayuden a la solución de la problemática y del caso; y del legislativo, la promoción de estrategias de desarrollo legislativo que impliquen cambios reales en el ordenamiento jurídico; y, de la sociedad civil, se espera educación para empoderarla, para hacer de ella un actor social con mayores y mejores competencias, en general fomentar, (Correa, 2008). Sin embargo, hoy vemos como las sentencias de la Corte Constitucional han apuntado a esos objetivos desde las mismas consideraciones del juez, por lo que a esa clasificación de las expectativas de Correa, yo

modificaría la primera, esperando del juez no sólo un pronunciamiento sino la orden y el seguimiento para el cumplimiento de las expectativas de las demás estructuras políticas, incluyendo, como lo hace él, a la sociedad en su conjunto.

2. Litigar para enseñar y aprender

Otra forma como se ha estudiado la noción de litigio estratégico en nuestro contexto jurídico es a partir de su función en la educación legal, eso sí, pensando la educación legal más allá del aula de clase y como un ejercicio participativo que contribuya al cambio social. Desde esta perspectiva, se ha pensado que el “el desarrollo de litigio de alto impacto se constituye en una excepcional forma de participación ciudadana, de acción colectiva y de cohesión social, que en la medida que se desarrolle en contextos universitarios o de la sociedad civil deviene en un proceso formativo y de ejercicio profesional ampliamente beneficioso” (Correa, 2008), por ello, para esta autor, inspirado en el modelo de intervención social con participación comunitaria de Eljaiek (2013), el litigio de alto impacto que se realiza a través de una Clínica Jurídica debe ser participativo, de tal forma que posibilite la interacción entre los actores del proceso, prime el consenso y garantice el concepto de democracia participativa.

Aquí, se puede analizar el valor recíproco que existe entre el modelo clínico-jurídico y el litigio estratégico. Pues las clínicas jurídicas le ofrecen al litigio estratégico un campo de desarrollo a partir del trabajo de estudiantes y profesores comprometidos con el cambio social y preocupados por la investigación jurídica. A su vez, el litigio estratégico le ofrece a las clínicas jurídicas un marco de análisis interdisciplinario, desde una perspectiva más política y social, que permite promover el desarrollo e investigación de las instituciones jurídicas que se estudian en el aula. En este sentido, “las Clínicas Legales de Interés Público pueden concebirse como un ámbito de trabajo jurídico tendiente a garantizar la vigencia de algunos derechos y el acceso a la Justicia de determinados sectores de la población; y, al mismo tiempo, como un espacio de docencia destinado a la preparación de los estudiantes para la práctica profesional de la abogacía” (Abramovich, 1999).

Los mejores ejemplos sobre el papel que juegan las clínicas jurídicas de las universidades para promover cambios jurídicos en nuestro ordenamiento son los que han conllevado al reconocimiento de algunos derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo en

2007 y el que conllevó al reconocimiento de la adopción conjunta por parte de estas parejas en 2015. Pues ambos procesos conllevaron a la modificación de instituciones jurídicas de derecho civil que parecían inmodificables por la vía judicial, hasta ese momento se había considerado incluso en la misma Corte Constitucional que su modificación debía tramitarse por el Congreso de la República. Ambos casos, sirven para ilustrar el propósito de las clínicas jurídicas que “privilegian la esfera social o colectiva y articulan la investigación y la proyección académica con la praxis administrativa y judicial del derecho. Estos ejercicios involucran el uso operativo del conocimiento construido o apropiado en escenarios de investigación y proyección social del saber” (Orozco, 2015)

El primer caso, fue el reconocimiento de las parejas del mismo sexo en el año 2007 y su derecho a ser protegidos por el régimen de protección patrimonial que la ley establecía para las parejas heterosexuales al regular la unión marital de hecho. Dicho reconocimiento surge una acción de litigio estratégico producto de la una alianza entre la Corporación Colombia Diversa y el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de Los Andes (GDIP), una demanda de constitucionalidad contras los artículo 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 que desembocó en la Sentencia C-075/07.

En esta sentencia, la Corte explica que en la medida en que el mencionado régimen de protección patrimonial aplica a la unión marital de hecho se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las pareja homosexuales, resulta discriminatorio y, por ello, “no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado”. Con base en lo anterior, decide extenderlo a las uniones de pareja del mismo sexo.

Lo anterior resulta especialmente relevante porque ya en la Sentencia C-098/96, en la que también se demandó a la Ley 54 de 1990 porque no reconocía los derechos de las parejas homosexuales, la Corporación había señalado que las “disposiciones acusadas, sin embargo, no por el hecho de contraer su ámbito a las parejas heterosexuales, coartan el derecho constitucional a la libre opción sexual”. Por lo que había quedado en el

ambiente que la extensión de este régimen de protección patrimonial debía realizarse a través del Congreso. Sin embargo, en diferentes momentos, se presentaron cerca ocho proyectos de ley en esa dirección, los cuales se tramitaron sin éxito.

Así, la importancia de la sentencia C-075/07 radica, según explica Bonilla (2008)⁶, en cuatro razones: 1) es un paso para eliminar la discriminación histórica a la que estaban sometidos los homosexuales en Colombia, 2) se pasa de la protección individual de las personas homosexuales para protegerlas como pareja, 3) implica el nacimiento jurídico de las parejas del mismo sexo en el país (antes esta figura no existía en el ordenamiento jurídico) y 4) cambia la idea sobre los homosexuales en Colombia, que ahora son percibidos con mayor respeto.

Estas razones sobre la importancia de la sentencia esta expuestas por Bonilla reflejan, a su vez, las oportunidades que ofrecen la relación entre clínicas jurídicas y litigio estratégico, pues no solamente se puede observar el interés académico de insertar nuevas instituciones jurídicas (como ocurrió con las uniones de pareja del mismo sexo) o de extender los efectos de las ya existentes (como ocurrió con la protección patrimonial de la que gozaban las parejas heterosexuales en unión libre), sino también que se pueden apreciar los efectos políticos y sociales que conlleva la lucha el reconocimiento de derechos a grupos poblacionales tradicionalmente discriminados, en este caso, las personas homosexuales.

El otro caso que sirve como ejemplo, es de la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo. El Código de Infancia y Adolescencia establece tres formas de adopción: 1) la adopción individual, cuando una sola persona decide realizar el trámite; 2) la adopción conjunta, cuando una pareja, cónyuges o compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años deciden hacer el trámite de adopción, y 3) la adopción consentida, que se presenta cuando una persona decide adoptar al hijo biológico de su cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando la pareja demuestre la convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años. Y aunque, el mencionado código no establece la orientación sexual de las personas como un impedimento para la adopción, debido a la práctica de negación de este procedimiento a

⁶ Vale la pena recordar que Daniel Bonilla fue uno de los actores, pues en la época era el director del GDIP.

personas y parejas homosexuales. la Corte Constitucional se tuvo que pronunciar para establecer la inconstitucionalidad de dichas negaciones. En la Sentencia T-276 de 2012 del caso Chandler Burr, lo hizo sobre el caso de adopción individual y en la Sentencia SU-617 de 2014, del caso de las mamás lesbianas de Medellín, lo hizo sobre la adopción consentida.

Sin embargo, se había sostenido que la regulación de la adopción conjunta era un asunto que debía tramitarse por el legislativo. En ese contexto, al que se suma la declaración del Tribunal en la sentencia C-577 de 2011 en la dijo que las familias homoparentales son familia, el profesor Sergio Estrada y 12 de sus estudiantes de la Universidad de Medellín, presentaron una demanda de constitucionalidad contra los artículos 64, 66 y 68 del Código de Infancia y Adolescencia y en contra de la interpretación que las autoridades administrativas han dado a tres pronunciamientos de la Corte: el auto A-196 de 2005 y las sentencias C-802 de 2008 y C-842 de 2010, por considerar que se violaban los derechos de los niños a tener una familia.

Este argumento que cambió el eje del debate sobre la adopción igualitaria en Colombia que se había centrado en el derecho a no discriminación de las personas homosexuales. Ahora, la discusión circulaba sobre la idea de que los niños tienen derechos a la familia sin considerar el sexo de los padres, máxime en un ordenamiento jurídico en el ya se reconocía que las parejas del mismo sexo constituyen familia. De ahí que la Corte Constitucional, expresara en la Sentencia C-683 de 2015, que:

... no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección plenamente idónea para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (art. 44 CP)

Este caso, como el anterior, son ejemplos exitosos de la asociación entre litigio estratégico y clínicas jurídicas. Pues la demanda de inconstitucionalidad resultó de un

proceso de pedagógico y académico adelantado por este equipo de investigadores de la Universidad de Medellín. Según declaró el profesor Estrada en un medio de comunicación local:

La acción presentada ante la Corte es resultado de más de cinco años de investigación con el propósito de procurar una protección eficaz de los derechos fundamentales de los niños. En el año 2009 se divulgó un estudio en el que se indicaba que en Colombia hay un número alarmante de niños en condiciones de abandono y esa situación preocupa porque es una realidad que están viviendo los niños pero que es desconocida y se están escuchando más argumentos políticos y morales en lugar de atender lo que es de fondo y es la protección a un derecho fundamental al niño a tener familia.⁷

Estas dos experiencias, muestran a dos profesores universitarios que con un grupo de estudiantes le apuestan al impacto social de sus actividades académicas. De tal forma, las clínicas jurídicas se presentan como una mezcla de pedagogía, investigación, litigio y compromiso social y político. De esta forma, las clínicas “son entendidas como espacios académicos ampliados donde se propician procesos reflexivos, participativos y de proyección social del saber que involucra una constante corresponsabilidad social en torno al conocimiento, la apropiación de los derechos y el fortalecimiento de la organización para su demanda” (Orozco, 2015). Y, por lo tanto, según explica el mismo autor, las clínicas adquieren las siguientes características: 1) existe una ligazón en la praxis y la teoría que vincula a la investigación y la proyección social, 2) existe un fundamento en un compromiso ético y político con la sociedad, principalmente con grupos vulnerables, 3) existe una base en la co-responsabilidad de los diversos actores sociales, y 4) el litigio articula la docencia, la investigación y la proyección social del saber.

Estas características son fundamentales a la hora de considerar el trabajo clínico y el litigio estratégico como una herramienta pedagógica, pues en la base ambos está el compromiso con el cambio social, una premisa que parece irrenunciable. Como lo señala Bloch (2013), lo que se busca es “reorientar la enseñanza del Derecho en la formación de

7

Recuperado de: http://www.elmundo.com/portal/noticias/derechos_humanos/corte_acepta_nueva_demanda_para_la_adopcion_igualitaria.php#.V2cUdq7FYQ0 .

juristas para la justicia social” (Bloch, 2013). En ese sentido, se resalta cómo la Clínica Jurídicas resultan compatible con la idea de que “la Universidad y las facultades de Derecho son (o deberían ser) un elemento de transformación social, porque son capaces de interpelar y ser interpelados por la realidad, de manera que se pueden sentir responsables y dar una respuesta, dentro de lo que puede considerarse como su misión o función social” (García Añón, 2014).

Desde esta perspectiva es posible plantear, entonces, que las dos formas de aproximación al estudio del litio estratégico están conectadas. Pues tanto desde la perspectiva de litigio para el cambio social como desde el litio para la educación, esta forma de litigio representa una esperanza para la transformación social y un fuerte compromiso con las aspiraciones comunitarias de cambio. Por eso, Correa (2008), retomando Eljaiek (2000), explica como este tipo intervención social se desarrolla en tres dimensiones: una universal, que recae sobre las expectativas de transformación de las condiciones políticas, sociales, económicas y culturales prevalecientes en una sociedad; una social, que busca la construcción de nuevas formas de sociabilidad más recíprocas, y una individual, que apuesta por el desarrollo de las potencialidades y posibilidades humanas.

Esta última dimensión es particularmente sensible y requiere un análisis adicional. Pues una estrategia como la que se plante con el litio estratégico y con la clínica jurídica, no solamente está pensando en la selección del caso y el impacto social de la sentencia. Como queda implícito a lo largo del documento, este tipo de ejercicio exige un importante grado de compromiso social y político del abogado, docente, investigador o estudiante que se emprenda en esta empresa. Esto es muy importante a la hora de definir un proyecto de trabajo clínico en una universidad y en la selección del equipo que participará del mismo. Pues sus propias concepciones sobre la sociedad y el derecho quedarán atravesadas por este tipo de trabajo. Lo mismo habrá que decirse del juez y otro tanto de los accionantes. De los últimos, valga decir que, aunque en este trabajo se busca un impacto social, hay que considerar que el proceso y la sentencia tiene un impacto sobre las expectativas de las partes, las cuales siempre deberán ser consideradas por el equipo de abogados y estudiantes que lleven el proceso aun cuando se pueda afectar el objetivo más general. Esto puede ocurrir, por ejemplo, en una etapa de conciliación procesal, en el cual la parte afectada reciba algún tipo de reparación, pero se pierda la posibilidad de

obtener una sentencia y, por ende, un pronunciamiento judicial.

Así pues, el litio estratégico a través de las clínicas jurídicas en las universidades ofrece una herramienta de enseñanza-aprendizaje que puede conectar las apuestas sociales y políticas de docentes y estudiantes con las expectativas de cambio de las comunidades, principalmente de grupos tradicionalmente excluidos del ejercicio del poder y, por ende, con poca capacidad de determinar los contenidos del derecho. En este marco, las acciones constitucionales, por su naturaleza político-jurídica, se presentan como una excelente alternativa pedagógica, después de todo, qué mejor forma de aprender derecho constitucional que ayudando a construir un país para todos.

3. Algunas perspectivas de trabajo en CLIAS

Estas dos perspectivas para el estudio del litio estratégico en Colombia han conllevado a grandes avances para los derechos de las parejas del mismo sexo, pues han apuntado a transformaciones normativas en la vía de dos de las principales reivindicaciones de las organizaciones LGBTI en el país: 1) el reconocimiento legal de parejas del mismo sexo y 2) la adopción de parejas del mismo sexo. Sin embargo, tiene un impacto implícito posterior, pues el éxito de estas dos iniciativas y el vacío permanente de asistencia legal con el que viven las personas de los sectores LGBTI en el país sigue siendo un tema de interés para considerar en proyectos de educación legal clínica.

Con esa idea, la Clínica Legal de Investigación y Acción Social – CLIAS de la Universidad Militar Nueva Granada, ha venido construyendo un trabajo articulado con organizaciones de los sectores LGBTI que se están materializando en dos propuestas de convenio: 1) Con el Aquelarre Trans y 2) con la Fundación Femm y la Corporación Opción. En ambas propuestas de convenios, estamos explorando cinco áreas de cooperación: 1) Representación y asesoría jurídicas. 2) Pedagogía en derechos para la población trans y para la comunidad académica. 4) Identificación y seguimiento de casos de litigio estratégico. 5) Producción de material académico y de literatura gris. Sin embargo, con cada proceso hemos priorizado unas líneas de trabajo diferentes para iniciar la relación.

Frente al primer proyecto, es importante señalar que el Aquelarre Trans es una coalición de organizaciones Trans, de la cual participan la Fundación GAAT, Santamaría Fundación

y Ayllú Familias Transmasculinas. Esta coalición está desarrollando un proyecto denominado “Legalmente Trans” con el que se busca el reconocimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de personas transgénero. En el acercamiento con la CLIAS hemos decidido iniciar nuestra relación apoyando tres procesos que actualmente el Aquelarre Trans está acompañando: 1) un proceso por falta de atención integral en salud de un hombre transgénero después de realizarse una cirugía de reasignación de sexo, 2) un caso de reparación de una mujer transgénero que debió abandonar sus estudios universitarios debido a amenazas de un grupo armado, 3) un caso de discriminación de una mujer transgénero en el ámbito familiar que se ha traducido en dificultades para la realización de un proceso de sucesión y la interposición de una denuncia penal por violencia intrafamiliar. El problema estructural del derecho que hemos identificado como articulador en los tres casos es la generación de barreras de acceso a la justicia a partir de la discriminación por identidad de género.

En cuanto al segundo proyecto que está desarrollando CLIAS con población de los sectores LGBTI, es importante señalar que es producto de una alianza con la Corporación Femm y la Corporación Opción por el Derecho a Ser y el Deber de Hacer para el seguimiento a la implementación de la Política Pública LGBTI de Colombia. La Corporación Femm es una organización feminista de base social y comunitaria que trabaja desde hace doce años en Bogotá por los derechos de lesbianas y mujeres no heterosexuales, la Corporación Opción por el Derecho a Ser y el Deber de Hacer es una organización social que trabaja por los derechos constitucionales de las personas que ejercen prostitución, actividades conexas y población transgenerista. Dicho seguimiento se ha traducido en un ejercicio de incidencia ante entidades nacionales como el Ministerio del Interior, el Departamento Nacional de Planeación y la Defensoría del Pueblo y ante personalidades y entidades internacionales como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de la ONU; el relator para Bolivia, Colombia y Venezuela de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la relatora sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex de la CIDH. En esta alianza hemos identificado como un problema estructural del derecho que la falta de implementación adecuada de una política pública para las personas LGBTI en el país representa una afectación al ejercicio de los derechos humanos de esta población.

Estos procesos que están iniciando, como está iniciando el modelo clínico de CLIAS, muestran las oportunidades de trabajo el litio estratégico entendido como instrumento para el cambio social y como metodología de enseñanza-aprendizaje del derecho para avanzar en la superación de problemas estructurales del derecho de la población LGBTI. Aunque los impactos de ambos procesos no se pueden medir en el momento, es importante resaltar el avance en la identificación de problemas estructurales del derecho: 1) la generación de barreras de acceso a la justicia a partir de la discriminación por identidad de género y 2) la afectación a los derechos humanos de las personas de los sectores LGBTI. Ambos problemas identificados con las organizaciones sociales y con una proyección de superación a través del trabajo clínico, especialmente, a partir del litigio estratégico.

4. A manera de conclusión

Así pues, a manera de conclusión que quiere dejar dos ideas centrales interrelacionadas. La primera es que el litigio estratégico puede entender como una vía para dinamizar las instituciones jurídicas en el país, en ese sentido, se puede estudiar desde dos perspectivas: 1) como litigio para el cambio social, para dar voz a grupos sociales tradicionalmente discriminados y, por ende, excluidos del ejercicio de definición de los contenidos del derecho. Y 2) como una metodología de enseñanza-aprendizaje que conecte la docencia, la investigación y la proyección social universitaria. Ambas formas de estudiar el litigio estratégico terminan conectadas pues exigen de quien lo asuma como actividad profesional o pedagógica un compromiso social y político con las transformaciones que el país necesita y una conciencia entre la estrecha relación entre derecho y sociedad que posibilita la incorporación en el mundo jurídico de las expectativas de las comunidades desde la labor del abogado, el docente y/o el estudiante de derecho.

La segunda idea es que dicho potencial del litigio estratégico ha resultado de especial interés para lograr transformaciones normativas a favor de los derechos de las parejas del mismo sexo y que ofrece una alternativa para la reivindicación de derechos de las personas LGBTI como lo ha venido proyectando CLIAS en la Universidad Militar Nueva Granada. Para ello, el primer paso que se podría abordar es la identificación con las

comunidades de problemas estructurales del derecho que se pueden superar a través del trabajo clínico, especialmente, a partir del litigio estratégico.

Bibliografía

Abramovich, V. (2005). Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados. Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. 2, N° 2, 195-232.

(1999). La enseñanza del Derecho en las Clínicas Legales de Interés Público. Materiales para una agenda temática. En: F. González & F. Viveros (Eds.). Defensa jurídica del interés público: Enseñanzas, estrategias, experiencias. Chile: Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie Publicaciones especiales, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, pp. 61-93

Arango, R. (2001). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. Revista de Derecho Público. Universidad de Los Andes, N° 2, 185-209.

Azuero, A. (2007). Litigio de alto impacto: estrategia para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia. Recuperado de: <http://www.colombiadiversa.org/>

Bloch, Frank S. (ed.); El movimiento global de clínicas jurídicas. Formando Juristas en la Justicia social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (The Global Clinical Movement. Educating Lawyers for Social Justice, Oxford University Press, 2011)

Bonilla, D. (2008). Igualdad, Orientación Sexual y Derecho de Interés Público. La Historia de la Sentencia C-075/07. En: *Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad*. Bogotá: Universidad de los Andes - Colombia Diversa.

Coral, A. M., Londoño, B., Muñoz, L. M. (2010). El Concepto de Litigio Estratégico en América Latina: 1990-2010. Vniversitas, Vol 59, N° 121, 49-76.

García Añón, J. (2014). La integración de la educación jurídica clínica en el proceso formativo de los juristas. REDU, Revista de Docencia Universitaria. Vol. 12 (3), N° extraordinario 2014, 153-175.

Geary, P., Simpson T., Bartlett L. (2008). Guía para el Litigio Estratégico. Child Right Information Network. Recuperado de www.crin.org.

López, D. (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. Revista Precedente. ICESI, Vol. 7/ Julio - Diciembre, 9-42.

Orozco, J. (2015). La dimensión pedagógica del modelo clínico-jurídico. El caso de la Clínica Socio-jurídica de la Universidad de Caldas. Opinión Jurídica, Universidad de Medellín, Vol 14, N° 27, 193-210.

Quintero, J., Navarro, a.& Meza, M. I. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 70-81.

Rodríguez, C. (2010). ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. En Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 434-492

Saravia, Jackeline & Rodríguez, Andrea (2015). Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, Vol. XVIII, N° 35, 121-134.

Uprimny, R. (1997). Estado Social de Derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica. En Botero et al., Hermenéutica Jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía (p 113-146). Bogotá: Ediciones Rosaristas.

Villareal, M. (2007). El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público. En Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas

para los Derechos Humanos. El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. México

Jurisprudencia

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).