

DERECHO A LA NO DISCRIMINACION POR RAZON DE ORIENTACION SEXUAL DIVERSA-Caso en que pareja del mismo sexo es recriminada por manifestaciones de afecto en centro comercial

PERSONA JURIDICA COMO SUJETO PASIVO DE LA ACCION DE TUTELA-Responsabilidad directa e indirecta por los actos o hechos que puedan causar daño las personas que los representan o actúan por ellas

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EL AFECTADO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE INDEFENSION-Lineamientos constitucionales para establecer si una persona se encuentra en estado de indefensión

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Inexistencia por cuanto es procedente la protección de la garantía de no repetición, con el fin de prevenir futuras violaciones de los derechos fundamentales

DERECHO A NO SER DISCRIMINADO-Marco normativo y jurisprudencial

DERECHO A NO SER DISCRIMINADO-Mecanismos internacionales de protección

ACTO DISCRIMINATORIO-Alcance

(i) La intención, la consciencia o la inconsciencia de la conducta no incide en la configuración del acto discriminatorio. Éste se entiende realizado independientemente de la voluntad de quien lo realiza; (ii) El acto discriminatorio conlleva una actuación violenta en contra del sujeto receptor de la conducta, ya sea de tipo simbólica, física, psicológica, emocional, económica y demás (iii) El acto discriminatorio se puede identificar a través de los criterios sospechosos de discriminación, los cuales relaciona el artículo 13 constitucional con el sexo, la orientación sexual, la raza, el origen familiar o nacional, la religión, la lengua, la opinión política, entre otros.

PRESUNCION DE DISCRIMINACION-Carga dinámica de la prueba a favor de persona discriminada por razón de orientación sexual en centro comercial

POBLACION LGBTI COMO GRUPO HISTORICAMENTE DISCRIMINADO

ORIENTACION SEXUAL-Constituye un criterio sospechoso de diferenciación

DERECHOS A LA DIGNIDAD HUMANA, AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA INTIMIDAD-Garantía constitucional/IGUALDAD EN LA CONSTITUCION Y PROHIBICION DE DISCRIMINACION-Reiteración de jurisprudencia

EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA-Competencia para disponer de las limitaciones a la libertad individual

Si bien las empresas de seguridad privada están facultadas para prevenir o detener actuaciones que perturben la seguridad de las personas o bienes sobre los cuales ejercen sus

funciones, no están autorizadas para restringir arbitrariamente los ámbitos de la libertad constitucionalmente protegidos, ni mucho menos incurrir en actos de discriminación, fundados, por ejemplo, en la orientación sexual de las personas.

DERECHO A LA NO DISCRIMINACION POR ORIENTACION SEXUAL DIVERSA-Línea jurisprudencial

POBLACION LGBTI-Protección constitucional

DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA DIGNIDAD-Orden a Centro Comercial y empresa de vigilancia ofrecer excusa pública en caso de discriminación por orientación sexual diversa

DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA DIGNIDAD-Orden a la empresa de vigilancia capacitar empleados en materia de derechos de las personas con orientación sexual diversa

Referencia: Expediente T-7.891.149

Acción de tutela instaurada por María y Juana¹ contra Almacenes Éxito S.A., Centro Comercial Viva y Miro Seguridad LTDA.

Magistrada ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, y los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Alejandro Linares Cantillo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela adoptados por los correspondientes jueces de instancia, que resolvieron la acción de tutela interpuesta por María y Juana contra Almacenes Éxito S.A., Centro Comercial Viva y Miro Seguridad LTDA.

Aclaración preliminar: En el caso bajo examen la Sala encuentra pertinente suprimir la identidad de las accionantes en esta providencia como medida de protección a su derecho a la intimidad. En consecuencia, la Sala se referirá a ella por los nombres ficticios: María y Juana.

I. ANTECEDENTES

1. La acción de tutela objeto de pronunciamiento fue fallada, en primera instancia, por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla; y, en segunda instancia, por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, seleccionada para revisión y repartida a esta Sala.² A continuación se exponen los hechos relevantes y las decisiones de instancia.

1. Hechos y solicitud

2. María y Juana afirman que son una pareja de mujeres lesbianas e interpusieron acción de tutela en contra de Almacenes Éxito S.A., el Centro Comercial Viva y Miro Seguridad LTDA por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana, a la intimidad, a la vida privada, a la igualdad y a la prohibición de discriminación, toda vez fueron recriminadas por personal de seguridad del Centro Comercial Viva de Barranquilla por realizar manifestaciones públicas de afecto al interior de sus instalaciones.

3. El 9 de septiembre de 2019 las accionantes se encontraban departiendo junto con otras personas en la plazoleta de comidas del Centro Comercial Viva de Barranquilla. Durante su estancia en dicho lugar tuvieron manifestaciones públicas de afecto, por lo que empezaron a percibir la mirada insistente de un vigilante del centro comercial. Hacía las 6:00 p.m. Juana salió del centro comercial y regresó a las 8:30 p.m. donde se encontró nuevamente con María. El mencionado vigilante volvió a concentrar su atención en ellas, lo que las hizo sentir “incómodas y hostigadas”. A las 9:30 p.m. el vigilante se dirigió a una compañera del grupo de vigilancia, quien se acercó a María y Juana para llamarles la atención por sus manifestaciones públicas de afecto. La vigilante les dijo: “chicas, esto no lo pueden hacer aquí porque hay niños”, ante lo cual Juana le indicó que “no había presencia de ningún menor y que dicha observación no tenía procedencia”, a lo que la vigilante respondió que sólo

seguía órdenes. María y Juana, al sentirse hostigadas y discriminadas por los vigilantes del centro comercial, decidieron irse del lugar. Indican que “no han vuelto al Centro Comercial Viva ni solas ni juntas, puesto que no sienten que sea un sitio donde se respete la igualdad, la prohibición de discriminación, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.”

4. Por estos hechos, el 5 de noviembre de 2019 María y Juana interpusieron acción de tutela a través de apoderado judicial en contra de Almacenes Éxito S.A., Centro Comercial Viva y Miro Seguridad LTDA, con el fin de que se garanticen sus derechos fundamentales a la igualdad, a la prohibición de discriminación, a la dignidad humana, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Solicitaron se les ordene a las empresas accionadas disculparse públicamente con las demandantes en un acto solemne y sincero y adoptar las medidas necesarias para garantizar que dichos actos de discriminación no se repitan.³

2. Respuesta a la acción de tutela

5. La empresa Miro Seguridad LTDA, encargada de prestar el servicio de vigilancia del Centro Comercial Viva de Barranquilla para el momento en que sucedieron los hechos que originaron la presente acción de tutela, solicitó en su escrito de respuesta desestimar las pretensiones de las accionantes. Indicó que no tiene información alguna sobre la situación narrada en la acción de tutela, por lo que las demandantes deben probar estos hechos. Preciso que “el carácter discriminatorio que se le atribuye a la actuación de la guarda de seguridad no se configura porque para ello sería necesario que las acciones de las citadas lesbianas pudieran compararse con las realizadas por otras parejas en el mismo sitio a la misma hora” y “no todas las manifestaciones públicas de afecto están constitucionalmente permitidas, como tan enfáticamente se afirma dentro de un contexto general y absoluto.”⁴

6. Almacenes Éxito S.A., propietaria del Centro Comercial Viva de Barranquilla, dio respuesta

a la acción de tutela y solicitó negar las pretensiones de las demandantes, dado que éstas “realizan una serie de afirmaciones que no acreditan ni soportan a través de ningún medio probatorio.” Indica que no le consta los hechos narrados por las accionantes y que la empresa Miro Seguridad les informó que no recibió ningún reporte del suceso al que aluden las demandantes, además, que el día 9 de septiembre de 2019 no tenían asignado en el tercer piso del centro comercial ninguna guarda de seguridad mujer y el vigilante asignado a la plazoleta de comidas ya no trabaja con ellos.⁵

3. Decisiones de instancia en el trámite de la acción de tutela e impugnación

3.1. Decisión de primera instancia

7. El 29 de noviembre de 2019, el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla profirió sentencia de primera instancia en la que negó el amparo de los derechos fundamentales de las accionantes por no existir prueba de la ocurrencia de los hechos señalados en la tutela. Indicó que “en el expediente no existen pruebas que permitan inferir más allá de toda duda razonable que ocurrieron los hechos, la parte accionante no aportó ningún elemento que permitiera inferir la ocurrencia de los mismos, más allá de su testimonio.”⁶

8. Las accionantes impugnaron el fallo de primera instancia. Explicaron que la sentencia de tutela desconoció la jurisprudencia constitucional en la que se establece que en casos en los que se alega un acto de discriminación la carga probatoria se invierte y pasa a la parte accionada. Agregan que en el escrito de tutela se solicitó la práctica de pruebas testimoniales de las accionantes con el objetivo de declarar bajo la gravedad de juramento sobre los hechos ocurridos el 9 de septiembre en el Centro Comercial Viva, sin embargo, el juez de primera instancia no practicó tales pruebas.⁷

3.2. Decisión de segunda instancia

9. El 6 de febrero de 2020 el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla confirmó la sentencia de primera instancia. Señaló que no era posible establecer si las accionantes habían sufrido una conducta discriminatoria, “toda vez que la falta de detalles en el sentido que viene anotado no permite dar por establecido si era procedente o no el rechazo de la vigilancia ante el comportamiento de los actores.”⁸

4. Actuaciones surtidas en sede de revisión

10. Mediante auto del 26 de octubre de 2020 la Magistrada sustanciadora requirió a las partes para que se pronunciaran sobre los siguientes puntos:

11. A las accionantes: (i) ¿en qué lugar del Centro Comercial Viva de Barranquilla se encontraban el día 9 de septiembre de 2019 en el momento en que les fue llamada la atención por parte de una vigilante del centro comercial debido a sus manifestaciones públicas de afecto? (ii) ¿Pudieron identificar de alguna manera a los vigilantes del centro comercial implicados en estos hechos? (iii) ¿El centro comercial les dio la posibilidad de tratar de reconocer los rostros de los vigilantes que estaban de turno el día que sucedieron los hechos para ver si era posible identificarlos? (iv) ¿Interpusieron alguna queja o reclamo o pusieron en conocimiento de algún funcionario de la empresa de vigilancia o del centro comercial los hechos narrados en la acción de tutela? (v) ¿El centro comercial dio información precisa respecto a cómo proceder en caso de tener alguna queja, en especial contra personas del cuerpo de seguridad? (vi) Indicar si la actitud del centro comercial ha sido de apoyo para poder verificar y esclarecer lo sucedido. En caso de haber sido diferente, explicar cuál ha sido la actitud del centro comercial. (vii) En caso de ser posible, aportar cualquier

documento o testimonio que pruebe que el día de los hechos narrados en la acción de tutela se encontraban en el Centro Comercial Viva.

12. A la empresa Miro Seguridad LTDA: (i) Indique si a raíz de la interposición de la presente acción de tutela se ha iniciado alguna investigación tendiente a esclarecer los hechos allí narrados y determinar la potencial responsabilidad de los implicados. (ii) Individualice al personal de vigilancia que el día 9 de septiembre de 2019 prestó sus servicios en el Centro Comercial Viva entre las 5 p.m. y las 10 p.m. y remita las declaraciones de cada uno de ellos sobre los hechos narrados en la acción de tutela. (iii) En caso de tener videos de las cámaras de seguridad del centro comercial del día 9 de septiembre de 2019, remitir copia de las grabaciones de las cámaras de seguridad ubicadas en la plazoleta de comidas y en el piso donde se encuentra ubicada dicha plazoleta entre las 5:00 p.m. y las 10:00 p.m. De no tener registro de las cámaras de seguridad, ¿qué medidas se han tomado para asegurar que en una próxima oportunidad sí se pueda tener acceso a los videos en un caso de este estilo? (iv) Explicar a qué se refiere cuando en la contestación de la acción de tutela se afirma que “no todas las manifestaciones públicas de afecto están constitucionalmente permitidas.” ¿A qué manifestaciones públicas de afecto se refiere? (v) ¿Existe algún protocolo o directriz de Miro Seguridad LTDA para impedir determinado tipo de manifestaciones públicas de afecto en centros comerciales? ¿Existe algún protocolo o directriz para manejar situaciones en las que se presenten manifestaciones públicas de afecto entre personas del mismo sexo? (vi) Indicar de qué manera se instruye a las personas que desempeñan funciones de seguridad sobre la protección constitucional que tienen las manifestaciones de afecto, en especial aquellas tradicionalmente discriminadas por darse entre personas del mismo sexo.

13. A Almacenes Éxito S.A.: (i) Indique si a raíz de la interposición de la acción de tutela se ha iniciado alguna investigación tendiente a esclarecer los hechos allí narrados y determinar la potencial responsabilidad de los implicados. (ii) Señale si recibió alguna queja o reclamo por parte de alguna persona en razón a los hechos narrados en la acción de tutela. (iii) ¿Cuál es el procedimiento previsto por el centro comercial para que sus visitantes puedan interponer quejas o reclamos por situaciones ocurridas en dicho establecimiento? ¿Cómo publicitan e

informan a los visitantes del centro comercial este procedimiento? (iv) Se afirma que el registro fílmico de las cámaras de seguridad del centro comercial se borra después de transcurrido un mes; ¿qué medidas específicas se han tomado para evitar que esta situación vuelva a ocurrir y se pueda acceder a estas grabaciones, por lo menos durante un plazo mayor? En caso de que no sea posible conservar todas las grabaciones por más tiempo, explicar qué otras medidas se pueden adoptar para tener registro de lo ocurrido al interior del centro comercial y resolver futuros casos como el presente. (v) ¿Existe algún protocolo o directriz para la admisión o permanencia de clientes en el centro comercial? En caso de ser así, ¿estas políticas de admisión o permanencia hacen alguna referencia a personas con orientación sexual diversa o parejas del mismo sexo? (vi) ¿Los empleados del centro comercial y los guardas de seguridad reciben algún tipo de capacitación en materia de derechos fundamentales, especialmente de la población LGBTI? En caso de ser así, ¿en qué consiste esta capacitación?9

14. Como contestación al mencionado auto se obtuvieron las siguientes respuestas:

15. Las accionantes, a través de apoderado, remitieron escrito el 5 de noviembre de 202010 mediante el cual informaron:

16. (i) Al momento en que sucedieron los hechos que originaron la acción de tutela, las accionantes “se encontraban en el tercer piso del centro comercial, en la zona donde estaban ubicados un sofá rojo y los locales comerciales de Salvatore’s y Burger me. Se encontraban ahí organizando una reunión para la celebración de unos eventos.”

17. (ii) Indican que no identificaron a los vigilantes del centro comercial implicados en los hechos. Afirman que al sentirse discriminadas “sintieron mucho estrés y ansiedad porque les daba mucha vergüenza ser la única pareja reprimida por manifestar su afecto en el lugar. Lo único que deseaban era salir de ahí y no tener que regresar nunca, pues no se sentían seguras ni bienvenidas.” Esto “les impidió tomarse el tiempo para solicitar los nombres o

apellidos o números de identificación de los vigilantes (...). Después de los hechos ocurridos, las accionantes han continuado sintiendo miedo y ansiedad al visitar ciertos espacios públicos. Temen realizar manifestaciones públicas de afecto, y su visita a otros centros comerciales [se] ha vuelto dolorosa. Por ello, ni siquiera han contemplado volver al Centro Comercial.”

18. (iii) Señalan que no interpusieron ninguna queja o reclamo ante el Centro Comercial Viva porque no querían volver a dicho lugar, pues “temían exponerse a una revictimización.” Advierten que “durante una entrevista con una investigadora de la Corporación Caribe Afirmativo sobre violencia contra mujeres lesbianas, las accionantes contaron los hechos que habían vivido en el Centro Comercial. Al escuchar el caso, la investigadora les ofreció acompañamiento jurídico gratuito por parte de Caribe Afirmativo para tramitar el caso”, por lo que Juana y María decidieron interponer la presente acción de tutela inmediatamente. Agregan que “desde la ocurrencia de los hechos y hasta la fecha, las accionantes no han recibido ningún tipo de información del Centro Comercial sobre la posibilidad de presentar una queja relacionada con el personal de seguridad.”

19. (iv) Advierten que no han recibido ningún apoyo de parte del Centro Comercial Viva para esclarecer los hechos, por el contrario, han amparado “el comportamiento discriminatorio del personal de vigilancia y seguridad, como se evidencia en la contestación a la acción de tutela presentada por el Centro Comercial. En cada uno de sus argumentos, el Centro Comercial busca desacreditar la configuración de los hechos y la existencia de los mismos, e intenta trasladar la carga de la prueba a las accionantes.”

20. (v) Finalmente, aportan los testimonios de dos personas que estuvieron con las accionantes en el momento en que sucedieron los hechos que originaron la presente acción.

21. Madeleyne Camargo Movilla declara que el 9 de septiembre de 2019 se encontraba con

las accionantes y otras personas en la plazoleta de comidas del Centro Comercial Viva, pues estaban en una reunión en la que se organizaba un evento. Relata que en cierto momento se alejó del grupo con una amiga y al dirigirse nuevamente a la plazoleta de comidas “en el pasillo me crucé con una mujer y un hombre del personal de seguridad y vigilancia del centro comercial. Al pasar cerca a estos, pude escuchar claramente una conversación en la que comentaban sobre una situación que al parecer había sido bastante incómoda. La conversación que escuché fue algo como: -Vigilante femenina: Es que alguien se lo tenía que decir. Vigilante masculino: Sí, no se pueden molestar. Vigilante femenina: Exacto, eso no puede estar haciendo aquí. Estaban bastante ofuscados y para ser sincera en ese momento pensé que debieron tener algún inconveniente con un cliente del centro comercial (...). Mi sorpresa fue enorme, al llegar a la mesa en la que departíamos y encontrar a María llorando desconsoladamente, en medio de una crisis de ansiedad, todos los rostros de la mesa estaban descompuestos y la tensión en el ambiente era muy fuerte. Después de tanta tensión, mis amigas proceden a contarme lo que había ocurrido. Juana y Olga Alfaro me indican que una mujer vigilante se había acercado a la mesa y les había dicho a María y Juana que no debían estar haciendo demostraciones de afecto en ese lugar porque ‘había niños’, a lo que yo contesto que esa excusa es incongruente y discriminatoria. Luego de terminar de conversar, Juana se levanta de la mesa y observo cuando se acerca respetuosamente a la mujer vigilante, que se encontraba en uno de los accesos a la plazoleta de comidas y la cual miraba fijamente hacia nuestra mesa. Escucho cuando ella le dice que era inválida su petición con respecto a las demostraciones de afecto a lo que la mujer vigilante con actitud muy poco conciliadora y tajante le contestó que ‘solo cumplía órdenes’. Nunca supe órdenes de quién.” Finalmente, señala que esta situación afectó mucho a Juana y María, al punto que no han vuelto al Centro Comercial Viva y sus demostraciones de afecto en público a partir de ese momento se volvieron medidas, “siempre mirando alrededor antes de una caricia, una tomada de mano o un beso y ni hablar de los espacios en que hay personal de vigilancia, no se sientes seguras en ningún espacio sin antes mirar.”¹¹

22. Olga Lucía Martínez Alfaro declara que el día 9 de septiembre se encontraba en el Centro Comercial Viva con las accionantes en una reunión para organizar un evento. Señala que María y Juana, quienes son pareja, tuvieron manifestaciones de afecto. “En ese momento en que mis amigas departían, se acerca una vigilante que les habla, y yo solo logro escuchar la

parte en la que dice 'es que hay niños'. Recuerdo haber reaccionado con mucha rabia ante esa frase y de inmediato increpé a la mujer diciéndole que 'si esa actitud la había asumido con las otras parejas heterosexuales que estaban en el lugar.' La vigilante no me responde nada, ella solo miraba a otro vigilante que estaba ubicado algo retirado de nosotras. Ante esta situación noté que mi amiga María se veía muy afectada y con los ojos aguados, me dijo que mejor me calmara. Fue una situación muy incómoda, pero sobre todo triste, al ver la humillación que sintió mi amiga y la impotencia de no tener a quien dirigirse porque era de noche. Luego de lo ocurrido abandonamos el sitio. Mi amiga María se sintió muy deprimida unos días, como consecuencia mis amigas no han vuelto a ese centro comercial y ya no salen con tanta frecuencia. Sumado, se les ve muy ansiosas y con miedo de manifestar su afecto públicamente.”¹²

23. La empresa Miro Seguridad LTDA remitió escrito el 5 de noviembre de 2020¹³ mediante el cual informó:

24. (i) Precisa que, por los hechos objeto de la acción de tutela, la empresa no “inició ninguna investigación pues no hubo una queja o requerimiento de los clientes en ese momento a nuestra empresa; Adicionalmente, no se cuenta con registros ni fílmicos, ni escritos o prueba testimonial sobre el hecho que tuvo lugar el 09 de septiembre de 2019 que pueda esclarecer lo ocurrido.”

25. (ii) Indica que no individualizó al personal de vigilancia que prestó sus servicios en el Centro Comercial Viva en las horas en que sucedieron los hechos narrados en la acción de tutela y no aporta sus declaraciones porque no se inició ninguna investigación.

26. (iii) Advierte que no cuentan con “videos fílmicos, la capacidad de grabación que nos indica el Centro Comercial es máximo de 30 días” y aclara que “el sistema de CCTV es totalmente del CC Viva.”

27. (iv) En relación con las manifestaciones públicas de afecto, señaló que “toda persona debe comportarse en público de acuerdo con los dictados de la moral y las buenas costumbres, sin inducir a un mal ejemplo, crear escenas de escándalo ni llamar la atención con un comportamiento que normalmente se realizan en otros escenarios. Unas son las manifestaciones públicas de afecto y otras muy diferentes son las conductas que están matizadas de sexualidad o erotismo, que al parecer fue lo que pudo dar lugar al procedimiento del guarda de Miro Seguridad Ltda, sin embargo no está plenamente probado el supuesto requerimiento del guarda de seguridad.”

28. (v) Indicó que no existe ningún protocolo para impedir determinado tipo de manifestaciones públicas de afecto “pues tales comportamientos son siempre bien recibidos y aceptados por la comunidad en general, lo que no sucede con aquellos actos, manifestaciones o proceder que van más allá de las simples manifestaciones.” Agregó que el Centro Comercial Viva “ha sido claro y persistente en solicitar a Miro Seguridad que sus guardas estén atentos a evitar o poner fin a aquellas conductas que no guardan proporción con el lugar, sus visitantes ni con las actividades a las que ellos se dedican, todo dentro del marco del debido respeto por los derechos humanos, incluyentes y con la aceptación de el libre desarrollo de la personalidad, sin generar afectaciones.”

29. (vi) Finalmente, dijo que “MIRO Seguridad siempre está formando y capacitando a su personal en temas como: El servicio como factor diferencial (valor y satisfacción del cliente), el poder del lenguaje – comunicación asertiva, Servicio al cliente – manejo de clientes conflictivos, manejo de crisis emocionales, papel de la comunicación en el servicio al cliente – inteligencia emocional, inclusión, derechos humanos, protocolos bioseguridad con amabilidad, crear, fortalecer y mantener relaciones interpersonales – Empatía, entre otros.”

30. Almacenes Éxito S.A. remitió escrito el 5 de noviembre de 202014 mediante el cual

informó:

31. (i) Advirtió que tan pronto fueron notificados de la presente acción “nos dimos a la tarea de investigar de manera exhaustiva lo acontecido y a la fecha aún seguimos focalizando esfuerzos para esclarecer lo sucedido. Para el efecto: (a) consultamos con el proveedor de seguridad privada de la época MIRO SEGURIDAD, (b) revisamos en nuestros registros de atención de PQRS y reclamos y (c) revisamos los registros de videos de nuestros sistemas cerrados de televisión. Sin embargo, luego de hacer las revisiones correspondientes, no logramos obtener información relacionada con el incidente, ya que no tenemos evidencia de que haya sido reportado o comunicado a la administración, a la empresa de seguridad o a algún punto de atención al cliente del Centro Comercial Viva Barranquilla, ni conservamos copia de los videos.”

32. (ii) Aclara que no recibieron ninguna queja o reclamo de parte de las accionantes.

33. (iii) Describen los procedimientos que tiene previsto el Centro Comercial Viva para recibir quejas o reclamos, tanto de manera presencia como no presencial.

34. (iv) En relación con el registro fílmico de las cámaras de seguridad del Centro Comercial Viva, indica que “para la época del hecho, el Circuito Cerrado de Televisión (CCTV) contaba con una capacidad de almacenamiento limitada a un (1) mes”, razón por la cual no cuentan con videos del día en que sucedieron los hechos narrados en la acción de tutela, pues solo se enteraron de éstos después de transcurrido un mes. Advierte que, en todo caso, “la Compañía viene revisando desde meses atrás, inclusive, con anterioridad a la fecha de los hechos, la posibilidad de robustecer el sistema del CCTV a fin aumentar la capacidad de almacenamiento, sin embargo, es una actividad que venimos desarrollando y analizando a nivel técnico y económico.”

35. (v) Señala que el Centro Comercial Viva no tiene ningún protocolo o directriz establecido para la admisión o permanencia de clientes.

36. (vi) Finalmente, mencionó que el Centro Comercial Viva capacita a su personal en temas relacionados con servicio al cliente “y entre estos la inclusión y la preservación de los derechos humanos.” De otra parte, indica que dentro de los principios de la empresa se encuentra los de diversidad e inclusión y el respeto y la empatía hacía todas las personas. “Es así como el mes de octubre se declaró como el mes de la D&I facilitando escenarios de sensibilización a todo nivel. La Compañía también ha venido siendo acompañada por la Cámara de Comerciantes LGTB de Bogotá, en el proceso de adopción de políticas, protocolos e iniciativas en este tema. Entre otras actividades, permítanos contarle que se realizó una sesión exclusiva con 75 directivos sobre sensibilización en temas LGTBI con la participación de Felipe Cárdenas CEO de Cámara de Comerciantes LGTBI. Se realizó un encuentro con 150 colaboradores a nivel nacional sobre el ABC de la Diversidad sexual con la participación de Eduardo Cárdenas director de la Cámara de Comerciantes LGTBI. Finalmente, el día 30 de octubre de 2020, se dio por concluido el mes de la diversidad, en donde se compartió a todos los empleados de la compañía un calendario de 365 días de inclusión y el siguiente mensaje: ‘Ser diversos e incluyentes es más que un sentimiento que, día a día, está presente en nuestro actuar, en nuestras palabras y en nuestro corazón. Hoy conmemoramos el cierre del Mes de la Diversidad en nuestra Organización y queremos invitarte para que continúes entregando tu granito de arena para que el mundo en el que vivimos sea más equitativo y justo, no solo hoy sino en el resto de días del año. Es por esto que aquí te compartimos el calendario por los 365 días de inclusión.’”

37. Una vez puestas a disposición de las partes las pruebas decretadas mediante el auto del 26 de octubre de 2020, se allegaron las siguientes respuestas:

38. Las accionantes, a través de apoderado, remitieron escrito el 18 de noviembre de 2020 mediante el cual se pronunciaron sobre las respuestas brindadas por Almacenes Éxito S.A. y

Miro Seguridad LTDA. En relación con la respuesta de la empresa Miro Seguridad LTDA sobre las manifestaciones públicas de afecto que estarían permitidas, indicaron las accionantes que a partir de lo dicho por la empresa de vigilancia “se evidencia que esta impone restricciones a derechos fundamentales que no se basan en criterios razonables y objetivos. Por el contrario, se observa que ni siquiera son claros los criterios para distinguir las manifestaciones públicas de afecto (permitidas) de las conductas matizadas de sexualidad o erotismo (no permitidas). Esto permite y facilita que el control sobre las manifestaciones públicas de afecto en el centro comercial esté permeado por los prejuicios sobre los roles de género, desde una visión patriarcal. Así, el límite del ejercicio de los derechos fundamentales de quienes se encuentran en el centro comercial queda librado al criterio arbitrario y a los prejuicios de quienes integran el cuerpo de seguridad, que serán quienes definan qué se ajusta a ‘la moral y las buenas costumbres’, o qué conductas están ‘matizadas de sexualidad o erotismo’. Precisamente, esto fue lo que ocurrió en el caso concreto, en el que solo fueron censuradas las manifestaciones públicas de afecto de las accionantes, una pareja de mujeres lesbianas; mientras que otras parejas heterosexuales no sufrieron ningún tipo de censura por manifestar su afecto públicamente de forma similar.

39. Asimismo, vale la pena señalar que el personal de seguridad, al dirigirse a las accionantes para pedirles que no manifestaran públicamente su afecto, se refirió a que estaban cumpliendo órdenes. Esto es importante porque quiere decir que el personal de seguridad del centro comercial recibe órdenes de evitar las manifestaciones públicas de afecto que atenten, según su juicio, contra ‘la moral y las buenas costumbres’, poniendo en riesgo a personas que históricamente han sufrido discriminación o violencia por prejuicio, o, directamente, recibe órdenes de evitar manifestaciones públicas de afecto de parejas del mismo sexo.

40. Adicionalmente, la empresa de seguridad revictimiza a las accionantes en su respuesta, pues señala que al parecer lo que pudo dar lugar al accionar discriminatorio del personal de seguridad fue que las accionantes desarrollaron conductas ‘matizadas de sexualidad o erotismo’. Se observa que esta aseveración conlleva un matiz justificatorio de los hechos que

vivieron las accionantes. Incluso, este tipo de afirmaciones permite inferir que es probable que el accionar discriminatorio del personal de seguridad es naturalizado y auspiciado por las políticas y procedimiento de la entidad.”

41. Precisaron que Almacenes Éxito S.A. no puede desconocer la responsabilidad que tiene en estos hechos, a pesar de que el personal de seguridad sea empleado directamente por la empresa Miro Seguridad LTDA, pues lo cierto es que la conducta que consideran discriminatoria ocurrió en el Centro Comercial Viva, propiedad de dicha empresa “y como consecuencia del deber de la empresa Miro de velar por la seguridad del centro comercial.”

42. Almacenes Éxito S.A. remitió escrito el 18 de noviembre de 202016 mediante el cual se pronunció sobre la respuesta brindada por las accionantes. Insiste en que, aunque las demandantes dan más detalles sobre el lugar en el que estaban ubicadas en el centro comercial cuando sucedieron los hechos, no hay ninguna prueba de ello. Precisa que “no es cierto que el centro comercial no haya dado la posibilidad de tratar de reconocer los rostros de los vigilantes que estaban de turno el día que sucedieron los hechos, ya que, como está probado, no es el Centro Comercial el empleador de los vigilantes, sino MIRO SEGURIDAD. Además, ha de recordarse que el Centro Comercial solo tuvo conocimiento de los hechos hasta el traslado de la acción de tutela, ya que no existe prueba sobre que aquellas hubieren presentado alguna petición, queja o reclamo anterior.”

43. De otra parte, advierte que no es cierto que el centro comercial apoye los comportamientos discriminatorios, “pues dentro de la Compañía no se apoyan los tratos excesivos o malintencionados, por ello, cuando se reporta al Centro Comercial un incidente de esta índole, el personal de seguridad solicita respetuosamente a nuestros clientes aclarar la situación, hecho que no constituye una vulneración de derecho alguno o generador de algún tipo de perjuicio, pues a través de nuestras políticas, tratamos de crear canales seguros y amenos en los que podamos esclarecer este tipo de sucesos, delimitado el procedimiento ejecutado por el personal de seguridad, con directrices puntuales sobre el

respeto y salvaguarda de los derechos de nuestros clientes y usuarios.”

44. Finalmente, en relación con los dos testimonios aportados por las accionantes en los que las declarantes ratifican lo señalado en la acción de tutela, aduce que nunca se informó sobre su presencia en el lugar de los hechos. Además, sobre el testimonio de Madeleyne Camargo Movilla, indicó que la declarante no presencié los hechos directamente, “ya que afirma haber conocido del caso cuando ya había ocurrido. Sin embargo, no existe prueba adicional a la declaración que acredite que se encontraba en ese lugar.”

5. Intervenciones procesales

5.1. Abogados sin fronteras Canadá

45. El Jefe de la Misión para Colombia de la organización no gubernamental Abogados sin fronteras Canadá, remitió escrito a esta Corte en el que solicita amparar los derechos fundamentales de Juana y María al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana, a la intimidad, a la vida privada, a la igualdad y a la no discriminación. La organización analiza el contexto de discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género que se presenta en toda América Latina y la protección constitucional especial que ostentan las personas LGBTI.

46. De otra parte, realiza algunas consideraciones sobre el régimen probatorio en sede de tutela para casos de presunta discriminación. Advierte que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de carga dinámica de la prueba, según el cual, “corresponde a la parte más poderosa de la relación desvirtuar, a través de las pruebas, los señalamientos por actos discriminatorios en cualquiera de las categorías sospechosas”, sin

embargo, aduce que los jueces de tutela de instancia no tuvieron en cuenta este aspecto, por lo que atribuyeron la carga probatoria a las accionantes.

47. Finalmente, se advierte que la conducta de los vigilantes del centro comercial es un patrón persistente. Al respecto se dice: “reiterada es la conducta de los cuerpos de seguridad privada que hacen presencia en los centros comerciales, en el sentido de censurar las prácticas de afecto, exclusivamente, de individuos del mismo sexo. Situación que a todas luces resulta arbitraria, contraria a los preceptos constitucionales y lesiva del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En algunos casos, como en el presente, esa acción de reproche a las manifestaciones de afecto suele acompañarse de una «preocupación» por los derechos de los niños, situación que se manifiesta en frases como: “chicas, esto no lo pueden hacer aquí porque hay niños”. Esto devela prejuicios de carácter moral que esconden una verdadera intención: que las personas de la comunidad LGBTI oculten sus muestras de cariño y las reserven al espacio privado. La restricción que esto genera a los derechos a la intimidad, desarrollo libre de la personalidad y dignidad de la persona humana resultan patentes y hacen imprescindible el control constitucional para resarcirlos.”¹⁷

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

48. Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 29 de septiembre de 2020, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro, que escogió el expediente para revisión.

2. Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela promovida por María

y Juana

49. Antes de examinar el fondo del asunto objeto de estudio, es preciso que esta Sala analice la procedencia de la acción de tutela interpuesta por María y Juana contra Almacenes Éxito S.A., Centro Comercial Viva y Miro Seguridad LTDA.

2.1. La tutela puede ser interpuesta por Lizeth Paola Charris Díaz en representación de María y Juana contra Almacenes Éxito S.A. y Miro Seguridad LTDA

50. Lizeth Paola Charris Díaz, adscrita a la Corporación Caribe Afirmativo, puede interponer la acción de tutela objeto de análisis (legitimación por activa), en representación de María y Juana, por cuanto sus representadas le otorgaron poder judicial para actuar en su nombre en la presente acción de tutela, con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales,¹⁸ poder que se adjunta en debida forma en la demanda de tutela.¹⁹ Así mismo, la acción de tutela resulta procedente contra Miro Seguridad LTDA y Almacenes Éxito S.A., en calidad de propietaria del Centro Comercial Viva de Barranquilla (legitimación por pasiva), dado que las accionantes se encuentran en una situación de indefensión respecto de los accionados,²⁰ tal como se explicará a continuación.

51. En relación con el estado de indefensión, este Tribunal ha precisado que esta situación se configura cuando la persona afectada en sus derechos por la acción u omisión del particular carece de medios físicos o jurídicos de defensa, o los medios y elementos con que cuenta resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de su derecho fundamental, razón por la cual se encuentra inerme o desamparada.²¹ Así pues, ha indicado que “el estado de indefensión es un concepto de naturaleza fáctica que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra, de modo que, por el conjunto de circunstancias que rodean el caso, no le es posible defenderse ante la agresión de sus derechos.”²² De acuerdo con lo anterior, en cada caso concreto el juez de

tutela debe determinar, de conformidad con los hechos y circunstancias particulares, si una persona se encuentra frente a una situación de indefensión, con el fin de establecer la procedencia de la acción de tutela contra un particular.²³

52. En relación con la procedencia de la acción de tutela contra personas jurídicas, esta Corte ha señalado que es posible analizar la responsabilidad de los entes jurídicos particulares por hechos que constituyan una vulneración de derechos fundamentales cometidos por las personas naturales que tienen la calidad de dependientes. En la Sentencia T-909 de 2011 se dijo al respecto:

“No cabe duda pues, que la persona jurídica debe responder por los perjuicios resultantes de los actos cometidos por los subalternos, cualquiera que sea el vínculo jurídico que cree esta subordinación, siempre y cuando ellos actúen en ejercicio de las funciones encomendadas por la persona jurídica, o con motivo de las mismas. Porque allí ‘no se le llama a responder por los actos de sus dependientes, sino de las consecuencias de sus propios actos’. // En materia de derechos fundamentales, tal elemento del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas se mantiene, aunque bajo adicionales ingredientes normativos de cualificación, a saber: i) el imperativo de legalidad constitucional establecido para los particulares en el art. 6º C.P., ii) el carácter inalienable de los derechos en el art. 5º C.P., iii) los deberes del artículo 95 constitucional, en concreto los relacionados con la defensa de los derechos humanos y generales como el respeto a los derechos ajenos y el no abuso del derecho (núm. 4º y 1º); finalmente iv) los criterios amplios de interpretación que admiten las fórmulas previstas en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, como atrás se ha dicho.”²⁴

53. Ahora bien, de manera específica la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en casos como el presente, en los que analiza un posible acto de discriminación cometido por guardas de seguridad de un centro comercial, se configura un estado de indefensión de los demandantes respecto de la empresa de vigilancia y el centro comercial. En Sentencia T-030 de 2017, en la que se estudió una acción de tutela similar a la presente, se indicó que el

centro comercial accionado estaba legitimado por pasiva porque “los demandantes se encontraban en un estado de indefensión, pues se hallaban en un espacio público dentro de un centro comercial, sobre el que la copropiedad ejerce el control de sus visitantes. Por tal razón, las reconvenciones realizadas por los guardas de seguridad, generaron en los actores la insuficiencia de medios físicos y jurídicos para resistir o repeler la presunta agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales”. Además, “el centro comercial debe responder por las acciones de los guardas de seguridad que prestan sus servicios en las instalaciones de la copropiedad, pues aquellos obraron en beneficio del accionado, con ocasión del servicio contratado por aquel y que presta la empresa de seguridad para la cual trabajan los vigilantes.”²⁵

54. De igual manera, se dijo en la citada sentencia que la tutela también resultaba procedente respecto de la empresa de seguridad demandada, “pues los guardas de seguridad del centro comercial obraron como trabajadores de la accionada, razón por la cual, aquella debe responder por los actos de sus dependientes.”²⁶

55. En consecuencia, en el asunto que se estudia evidencia esta Sala que se configura una situación fáctica de indefensión de Juana y María respecto de Miro Seguridad LTDA y Almacenes Éxito S.A., persona jurídica propietaria del Centro Comercial Viva de Barranquilla, debido a que el acto de discriminación que se denuncia ocurrió en las instalaciones del referido centro comercial, quien ejerce el control de sus visitantes, y fue cometido por trabajadores de la mencionada empresa de vigilancia, la cual presta sus servicios en dicho centro comercial.

2.2. La tutela cumple el requisito de inmediatez

56. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno desde el momento en que ocurrió la acción u

omisión que origina la violación o amenaza de los derechos fundamentales que se alega, pues de otra forma se desvirtuaría el propósito mismo de esta acción, esto es, el de proporcionar una protección urgente o inmediata a los derechos fundamentales cuando estén siendo vulnerados o amenazados.²⁷ En el presente caso se advierte que la tutela fue presentada el 5 de noviembre de 2019, esto es, menos de dos meses después de que sucedieran los hechos por los cuales se interpone la presente acción. Por lo tanto, Sala considera que la acción de tutela se presentó en un término razonable y oportuno.

2.3. La tutela es procedente también por cuanto no hay un medio de defensa alternativo idóneo y eficaz

57. La acción de tutela procede únicamente cuando no existen otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto. De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha precisado que cuando la acción de tutela es promovida por sujetos de especial protección constitucional, el examen de procedencia se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.²⁸

58. En el presente caso, la Sala considera procedente, como mecanismo principal, la acción de tutela presentada por Juana y María, pues es el único medio judicial efectivo que podían utilizar para obtener la protección de sus derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la igualdad y a no ser discriminadas. Conviene recordar que las accionantes no buscan establecer una responsabilidad civil o penal, sino específicamente el restablecimiento de sus derechos fundamentales que estiman vulnerados por las empresas accionadas. Por lo tanto, solo la protección que brinda la Constitución Política a través de la acción de tutela a los mencionados derechos es completa, puesto que no se limita al establecimiento de responsabilidades, sino que permite además evitar una

vulneración de derechos o restaurarlos si es del caso. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que las accionantes son sujetos de especial protección constitucional, toda vez que pertenecen a un grupo históricamente discriminado y marginado como la población LGBTI,²⁹ tal como se analizará más adelante. En consecuencia, es el juez de tutela quien está llamado a tomar correctivos urgentes ante la presencia de un presunto acto de discriminación que involucra a sujetos de especial protección constitucional y en el que se advierten criterios sospechosos de discriminación.

3. Cuestión previa: En el presente caso no se configura una carencia actual de objeto por daño consumado debido a la proyección en el tiempo de los efectos vulneratorios de los derechos fundamentales

59. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales cuando estos resulten transgredidos por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, en algunos casos, de los particulares. Bajo ese entendido, el juez constitucional debe proferir órdenes de inmediato cumplimiento que estén encaminadas a evitar, hacer cesar o reparar la vulneración de tales derechos. En consecuencia, la entidad o el particular demandado se encuentran en la obligación de realizar una determinada conducta que variará dependiendo de las consideraciones del juez constitucional.

60. Desde esa óptica, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el recurso de amparo puede perder, en ocasiones, su esencia, cuando se originan en el transcurso del trámite de la acción circunstancias que le permiten al juez inferir que la amenaza o transgresión denunciadas se concretaron o desaparecieron, lo que conlleva a que el amparo pierda su “razón de ser”³⁰ como mecanismo extraordinario de protección judicial y tenga lugar la denominada carencia actual de objeto. En materia de la solicitud constitucional, esta Corporación ha establecido pacíficamente que la carencia de objeto corresponde a una figura jurídica de tipo procesal que fácticamente puede verificarse por parte del juez de tutela de

manera previa a la adopción del fallo correspondiente, cuando se constata que “fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad”.³¹ Estos tres eventos que originan una variación sustancial en los hechos de la petición de tutela, de tal forma que desaparece el objeto jurídico del litigio, han venido delimitándose por la jurisprudencia, y se conocen comúnmente como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, respectivamente.³²

61. En cuanto a la carencia actual de objeto por el daño consumado, la jurisprudencia constitucional ha precisado que este tiene lugar cuando, entre el momento de incoarse la acción de tutela y el pronunciamiento respectivo por parte del juez, se ha configurado la afectación que con la solicitud de amparo se buscaba evitar, de forma que ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete la lesión, no es factible que el funcionario de tutela dé una orden para retrotraer la situación acaecida.³³ Para su ocurrencia es imprescindible tener presente algunos aspectos. De un lado, el daño causado debe ser irreversible, pues respecto a los perjuicios o menoscabos que son susceptibles de ser interrumpidos, retrotraídos o mitigados por virtud de una orden judicial, no es dable decretar la carencia de objeto.³⁴ De otra parte, si al interponer la acción de tutela ya es claro que el daño se generó, el juez debe declarar improcedente el mecanismo de amparo;³⁵ al tiempo que si el daño se consuma durante el trámite judicial, bien sea en primera o en segunda instancia o en sede de revisión, le corresponde efectuar un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, con el fin de establecer correctivos y prever futuras violaciones. Es decir, proferir órdenes adicionales tendientes a proteger la dimensión objetiva del derecho en conflicto, evitar repeticiones, identificar a los responsables, informarle a la parte accionante sobre las acciones judiciales existentes para reparar el daño ocasionado o compulsar copias ante las instancias competentes.³⁶

62. En casos similares al presente, en los que se han estudiado acciones de tutela interpuestas contra establecimientos abiertos al público por la presunta discriminación a parejas del mismo sexo al interior de estos, la Corte ha recordado que, “es probable que la vulneración de un derecho fundamental se proyecte en el tiempo, con fundamento en el

principio de retrospectividad, aun cuando el hecho se produjo con antelación. Por tal razón, la fecha del acto acusado no constituye el factor determinante para configurar la improcedencia de la acción de tutela, sino que el juez debe verificar si la violación del derecho es actual, es decir, persiste al momento de resolver la petición de amparo, por lo que la decisión judicial puede ser efectiva para restablecer la vigencia de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.”³⁷

63. En consecuencia, la Sala advierte que en esta oportunidad no se configura la carencia actual de objeto por daño consumado. Si bien el presunto acto discriminatorio ocurrió el 9 de septiembre de 2019, la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela pueden producir efectos con vocación de actualidad, pues las accionantes afirman que no han vuelto al Centro Comercial Viva por temor a ser revictimizadas. Además, se requiere proteger la garantía de no repetición. Por tanto, la presente decisión podría ser efectiva para interrumpir o anular las supuestas violaciones a los derechos fundamentales y asegurar el ejercicio y la vigencia de estos.

64. De acuerdo con lo anterior, la Sala pasará a formular el problema jurídico en el presente asunto y determinar si fueron vulnerados los derechos fundamentales de las accionantes.

4. Problema jurídico

65. En el caso bajo estudio las accionantes señalan que una vigilante del Centro Comercial Viva de Barranquilla les llamó la atención por tener manifestaciones públicas de afecto. Por tanto, esta Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿Vulneran una empresa de seguridad privada y un centro comercial los derechos fundamentales a la igualdad, a no ser discriminado, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, cuando un vigilante de la empresa de seguridad recrimina las manifestaciones de afecto que tiene una pareja del mismo sexo en espacios públicos del centro comercial, si las personas

afectadas por la recriminación no presentan, al momento de los hechos o previo a la interposición de la tutela, una queja o reclamo ante dichas empresas?

66. Para resolver este problema jurídico se analizará: (i) el derecho a no ser discriminado; (ii) la discriminación por razón de la orientación sexual diversa; (iii) los comportamientos que afectan la tranquilidad en espacios públicos o semipúblicos y la función de los servicios de vigilancia y seguridad privada; (iv) la invisibilización de las personas LGBTI en los espacios públicos y semipúblicos; y (v) el análisis del caso concreto.

5. El derecho a no ser discriminado

5.1 El fundamento normativo del derecho a no ser discriminado

67. La jurisprudencia constitucional ha derivado el contenido y alcance del derecho fundamental a no ser discriminado a partir del artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma establece, por un lado, la dimensión formal de este derecho, al prescribir que todas las personas deben recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades y “gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”

68. Por otra parte, el mencionado artículo 13 constitucional también señala la dimensión material del derecho a no ser discriminado, al fijar el deber del Estado de promover “que la igualdad sea real y efectiva” y adoptar “medidas a favor de grupos discriminados o marginados”, por lo que, bajo esta dimensión del derecho, deben tenerse en cuenta las circunstancias y condiciones particulares de las personas y las distintas comunidades y grupos sociales, de tal manera que se logren evidenciar las desventajas en las que se encuentran unos y otros respecto del resto de la sociedad. Lo anterior implica que no todo trato diferenciado es discriminatorio, ya que el Estado debe adoptar acciones a favor de

determinados colectivos que por sus particularidades se enfrentan a desventajas y barreras específicas, lo que se ha denominado como “discriminación positiva o inversa”. Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la discriminación es una diferenciación arbitraria, pues carece de una justificación objetiva, razonable y proporcional.³⁸

69. El derecho a no ser discriminado no solo encuentra sustento en artículo 13 de la Constitución Política. A nivel internacional existen diversos instrumentos internacionales que consagran tal derecho, tanto en el sistema universal de protección,³⁹ como en el Sistema Interamericano,⁴⁰ los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, además de otros instrumentos en diferentes sistemas regionales.⁴¹ De manera específica, el artículo 1.1. de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia⁴² señala que “discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.” El artículo 4º del mismo Convenio impone a los Estados el compromiso de prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo, entre otros, “la restricción del ingreso a lugares públicos o privados con acceso al público por las causales recogidas en el artículo 1.1 de la presente Convención.”

70. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el principio de no discriminación hace parte del ius cogens (o reglas imperativas, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).⁴³ Al respecto ha señalado:

“(…) el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.”⁴⁴

5.2. El acto discriminatorio y los escenarios de discriminación

71. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha definido el acto discriminatorio como “la conducta, actitud o trato que pretende —consciente o inconscientemente— anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.”⁴⁵ Con base a esta definición, en la Sentencia T-141 de 2017⁴⁶ se indicó que el acto discriminatorio contiene los siguientes elementos:

72. (i) La intención, la consciencia o la inconsciencia de la conducta no incide en la configuración del acto discriminatorio. Éste se entiende realizado independientemente de la voluntad de quien lo realiza.

73. (ii) El acto discriminatorio conlleva una actuación violenta en contra del sujeto receptor

de la conducta, ya sea de tipo simbólica, física, psicológica, emocional, económica y demás.

74. (iii) El acto discriminatorio se puede identificar a través de los criterios sospechosos de discriminación,⁴⁷ los cuales relaciona el artículo 13 constitucional con el sexo, la orientación sexual, la raza, el origen familiar o nacional, la religión, la lengua, la opinión política, entre otros.

75. Ahora bien, a partir de la Sentencia T-691 de 2012,⁴⁸ la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que, cuando un acto discriminatorio se lleva a cabo frente a un público, esto es, otras personas son espectadores de lo ocurrido, se concreta un escenario de discriminación. Por tanto, en estos casos la persona discriminada se ve expuesta a las miradas de los demás, por lo que “se puede sentir intimidada, reducida o sometida a sensaciones similares por esta exposición social.”⁴⁹ En estos casos el juez constitucional debe analizar algunos aspectos para valorar el impacto que un determinado escenario de discriminación puede tener sobre los derechos fundamentales de una persona, a saber:

76. (i) La relación de poder que existe entre la persona discriminada y la persona discriminadora. “En caso de que exista una relación de sujeción y dependencia, el victimario podrá coaccionar y someter a la persona a una presión y una afectación mayor.”⁵⁰

77. (ii) La relación entre las personas que participan en el escenario de discriminación, esto es: la persona discriminada, la que discrimina y aquellas que hacen las veces de público. En este punto se debe valorar si las relaciones son ocasionales y esporádicas o continuas y permanentes, ya que cuanto más frecuente sean, habrá una mayor afectación de los derechos.

78. (iii) El espacio en el que se presenta el escenario de discriminación. Debe tenerse en cuenta si se trata de un escenario institucionalizado o especialmente regulado. Si el lugar es privado, semiprivado, público o semipúblico.

79. (iv) La duración del acto discriminatorio. “Una mayor duración del evento que supuso la puesta en escena de un acto discriminatorio conlleva en principio, una mayor afectación de los derechos de la persona.”⁵¹

5.3. La presunción de discriminación y la carga dinámica de la prueba cuando se alegan actos discriminatorios

80. Debido a las complejidades que supone la demostración de un acto discriminatorio, pues en muchas ocasiones los afectados no cuentan con los medios suficientes para probar la existencia de éstos, en casos como el presente opera una presunción de discriminación, de tal manera que quien es señalado de incurrir en esta conducta tiene la carga de presentar de forma efectiva la prueba en contrario respectiva.⁵² A partir de lo anterior, en los casos donde se discuta la existencia de un trato basado en cualquiera de las categorías sospechosas de discriminación, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el concepto de “carga dinámica de la prueba”, conforme al cual se traslada la obligación de probar la ausencia de discriminación a la parte accionada, quien, al encontrarse en una situación de superioridad, tiene una mayor capacidad para aportar los medios probatorios que demuestren que su proceder no constituyó un acto discriminatorio, por lo que resulta insuficiente para el juez la simple negación de los hechos por parte de quien se presume que los ejecuta.⁵³

81. Por tanto, en virtud de los principios de libertad probatoria y sana crítica, se ha indicado que el juez de tutela debe valorar de forma integral los elementos que constituyen el acervo probatorio del expediente, teniendo en cuenta “aspectos como los criterios sospechosos, el contexto, el carácter estructural, los escenarios en los que se desarrolla y la presunción

constitucional en favor de quien alega la situación de discriminación.”

6. La discriminación en razón de la orientación sexual diversa

6.1. Las personas LGBTI como grupo históricamente discriminado

82. La Corte Constitucional ha señalado en diversas sentencias que las personas que hacen parte de la población LGBTI son sujetos de especial protección constitucional, pues son un grupo históricamente marginado y por tanto sometido a una discriminación estructural.⁵⁴ Al respecto se ha señalado que, ante “la coincidencia de criterios frente a la situación generalizada de desigualdad y tratamiento diferenciado arbitrario en contra de la población LGBTI, no hay duda alguna sobre el carácter estructural de la discriminación que atraviesan los miembros de la misma, debido a la preponderancia contextual de patrones sexistas y estándares de normalización que tienden a invisibilizar la problemática de la desprotección.”⁵⁵

83. En el mismo sentido, en el ámbito regional, en el informe “Violencia contra personas LGBTI” del 12 de noviembre de 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concluyó que “las sociedades en el continente americano están dominadas por principios de heteronormatividad, cisnormatividad, y los binarios de sexo y género. Además, existe una amplia y generalizada intolerancia e irrespeto hacia las personas LGBTI o aquellas percibidas como tales, lo cual se suma al fracaso de los Estados en adoptar medidas efectivas para investigar y castigar efectivamente la violencia por prejuicio. (...) La CIDH concluye que el contexto generalizado de discriminación social e intolerancia respecto de esta diversidad, aunado a la ausencia de investigaciones efectivas, y la falta de un abordaje diferenciado para prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes cometidos contra personas LGBTI, son elementos que conducen a que se condone y se tolere esta violencia, lo que resulta en impunidad y repetición.”

84. En consecuencia, la persistencia de patrones estructurales de discriminación por motivos de orientación sexual, así como el arraigo de profundos prejuicios hacia las personas LGBTI, trae como consecuencia que en muchas ocasiones estas prácticas discriminatorias pasen desapercibidas en la sociedad y tiendan a normalizarse o a restarles importancia, por lo que es obligación del juez constitucional asumir el estudio de estos casos con una especial sensibilidad constitucional y compromiso con la dignidad humana, “aplicando criterios de enfoque diferencial que obedezcan a la situación generalizada de vulnerabilidad y que tiendan a una solución jurídica que contribuya a la superación de la misma.”⁵⁶

6.2. La orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación

85. La orientación sexual se relaciona con los deseos, sentimientos y atracciones sexuales y emocionales que puedan darse entre las personas.⁵⁷ En este ámbito pueden presentarse diversas manifestaciones, tales como la heterosexualidad, la homosexualidad, la bisexualidad o la asexualidad, las cuales constituyen expresiones legítimas y constitucionalmente relevantes del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin que sobre ellas pueda presentarse injerencia alguna de agentes externos como el Estado o los particulares.

86. La jurisprudencia constitucional ha advertido que, a pesar de la protección constitucional que tienen todas las manifestaciones de la orientación sexual, ésta se ha constituido en un criterio de discriminación, por lo que se ha reconocido como una categoría sospechosa,⁵⁸ lo que implica la prohibición de utilizar este criterio “para consolidar diferenciaciones que, al estar basadas en estereotipos sexistas, se tornarían irrazonables desde el punto de vista constitucional.”⁵⁹

6.3. Los derechos fundamentales que se encuentran comprometidos en un acto discriminatorio por razón de la orientación sexual diversa

87. La jurisprudencia constitucional ha explicado que los derechos fundamentales son inalienables, indivisibles, interdependientes y están interrelacionados. “La protección de cualquier derecho es un paso en la protección de los demás, así como la desprotección de cualquier derecho conlleva la desprotección de los demás.”⁶⁰ En los casos en los que se alega la comisión de un acto discriminatorio por razón de la orientación sexual, además del evidente compromiso de los derechos a la igualdad y a la no discriminación, también se encuentran en juego otros derechos fundamentales que están estrechamente relacionados.⁶¹

88. En primer lugar, se ha reconocido que en estas situaciones se afecta gravemente la dignidad humana, que reconoce, entre otros aspectos, la autonomía del ser humano para autodeterminarse sin afectar los derechos de los demás y vivir sin ser sometido a cualquier forma de humillación. En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la orientación sexual hace parte del libre desarrollo de la personalidad, ya que es una manifestación de la autonomía de cada ser humano para desarrollar un plan de vida de acuerdo con sus subjetividades sin la intromisión de agentes externos como el Estado o los particulares. En tercer lugar, se ha advertido que el derecho a la intimidad, el cual garantiza una esfera de privacidad en la vida personal e implica una abstención por parte del Estado o de terceros de intervenir injustificada o arbitrariamente en dicho ámbito, también resulta comprometido cuando la orientación sexual diversa se utiliza como criterio para establecer una diferenciación arbitraria.

89. En consecuencia, al estar estrechamente vinculados la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad personal, junto con la igualdad y la no discriminación, han sido derechos que, de manera recurrente, esta Corte ha encontrado transgredidos cuando se constata un acto discriminatorio fundado en la orientación sexual. Estos derechos “configuran los elementos básicos para que una persona pueda desenvolverse en sociedad⁶², pues constituyen los baluartes que garantizan el ejercicio de la libertad y la autonomía individual, sin la intervención de terceros ajenos al fuero íntimo de

cada ser humano, siempre que se respeten los derechos de los demás y el orden jurídico.”⁶³

7. Los comportamientos que afectan la tranquilidad en espacios públicos o semipúblicos y la función de los servicios de vigilancia y seguridad privada

90. Dado que en esta oportunidad se analiza la posible comisión de un acto discriminatorio por parte de personal de seguridad de una empresa de vigilancia privada que presta sus servicios en un centro comercial, y que la propia empresa de seguridad señaló en este proceso que no todas las manifestaciones públicas de afecto están autorizadas, pues si “están matizadas de sexualidad o erotismo, que al parecer fue lo que pudo dar lugar al procedimiento del guarda de Miro Seguridad Ltda”, no podrían permitirse, es preciso que se analice cuáles son los límites de las actuaciones de las empresas de seguridad privadas en este tipo de situaciones.

7.1. Las normas de policía

91. El Código de Policía⁶⁴ enlista en su artículo 33.2 los comportamientos que afectan la tranquilidad y relaciones respetuosas de las personas en espacios públicos, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público. Entre éstos incluye en el literal b: “realizar actos sexuales o de exhibicionismo que generen molestia a la comunidad”; y en literal e: “limitar u obstruir las manifestaciones de afecto y cariño que no configuren actos sexuales o de exhibicionismo en razón a la raza, origen nacional o familiar, orientación sexual, identidad de género u otra condición similar”. Así mismo, en el párrafo 2º aclara que “no constituyen actos sexuales o de exhibicionismo los besos o caricias que las personas, sin importar su género, color de piel, orientación sexual o identidad de género, manifiesten como expresiones de cariño, en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.” Es claro entonces que la norma de policía prohíbe exclusivamente los actos

públicos sexuales o de exhibicionismo, sin que dentro de estas categorías puedan incluirse los besos o las caricias. Además, la norma hace especial énfasis en que las manifestaciones de afecto deben permitirse sin importar, entre otros criterios, la orientación sexual.

92. Esta preocupación del Legislador por proteger las expresiones públicas de cariño de todas las personas y evitar cualquier tipo de discriminación fundada en la orientación sexual se evidencia también en otras normas del Código de Policía. Por ejemplo, en el artículo 40 se indica que uno de los comportamientos que afectan a los grupos sociales de especial protección es el de “limitar u obstruir las manifestaciones de afecto público que no configuren actos sexuales, de exhibicionismo en razón a la raza, orientación sexual, género u otra condición similar.” En el mismo sentido, el artículo 93 del mismo estatuto incluye dentro de los comportamientos relacionados con la seguridad y tranquilidad que afectan la actividad económica, el de “limitar o vetar el acceso a lugares abiertos al público o eventos públicos a personas en razón de su raza, sexo, orientación sexual, identidad de género, condición social o económica, en situación de discapacidad o por otros motivos de discriminación similar.”

7.2. Los límites a las actuaciones de las empresas de seguridad privada

93. El artículo 73 del Decreto 356 de 1994, “por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada”, señala que la función de los servicios de vigilancia y seguridad privada, “es la de disminuir y prevenir las amenazas que afecten o puedan afectar la vida, la integridad personal o el tranquilo ejercicio de legítimos derechos sobre los bienes de las personas que reciben su protección, sin alterar o perturbar las condiciones para el ejercicio de los derechos y libertades públicas de la ciudadanía y sin invadir la órbita de competencia reservada a las autoridades”, mientras que el artículo 74 del mismo estatuto indica que uno de los principios que guían esta labor es el de “respetar los derechos fundamentales y libertades de la comunidad, absteniéndose de asumir conductas reservadas a la fuerza pública.”

94. La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, entidad encargada de ejercer el control sobre los servicios de vigilancia y seguridad privada, también se ha ocupado de establecer directrices a las empresas que prestan servicios de seguridad en materia de garantía de los derechos y libertades de las personas. En la Circular Externa número 20167000000235 del 3 de octubre de 2016 se establecen lineamientos en materia de derechos humanos y responsabilidad social. Allí se dispone que los prestadores de servicio de vigilancia y seguridad privada deben “respetar los Derechos Humanos de todas las personas”, así como “estar debidamente informados respecto de los riesgos de Derechos Humanos asociados con sus operaciones” y “hacer especial hincapié en el respeto de los Derechos Humanos en los cursos de formación para el personal.” De manera específica, en relación con el respeto de los derechos de las personas LGBTI, la Circular Externa número 20157000000195 del 7 de septiembre de 2015 indicó:

“A fin garantizar el respeto a la dignidad humana, los derechos fundamentales, el derecho a la igualdad y la no discriminación, teniendo en cuenta los postulados previstos en la Constitución Nacional, la Ley 1482 de 2011 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia (...) los servicios de vigilancia y seguridad privada deberán adoptar las medidas necesarias para prevenir y atender de forma adecuada los hechos o situaciones relacionadas con las personas con orientación sexual e identidad de género diversa (LGBTI), en los sitios y espacios donde se preste el servicio y adoptar procedimientos internos en tal sentido, o en su defecto aquellos que se requieran para sancionar actos de discriminación directa o indirecta, que puedan cometer el personal vinculado a los sujetos sometidos a Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia.”

95. En esta misma línea, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que los derechos fundamentales de las personas no pueden limitarse arbitrariamente en los espacios semipúblicos, como los centros comerciales,⁶⁵ por parte de los administradores o equipos de seguridad de dichos lugares. Al respecto ha señalado: “las reglas de comportamiento en dichos lugares son mínimas y deben ser razonables. Por lo tanto, no es posible que sus administradores restrinjan ostensiblemente el libre desarrollo de la personalidad o

discriminen a quienes allí acceden o permanecen⁶⁶. Es decir que sus órganos internos y los agentes privados de la seguridad de estos lugares, únicamente disponen de facultades para garantizar la seguridad o el orden interno.”⁶⁷

96. En suma, si bien las empresas de seguridad privada están facultadas para prevenir o detener actuaciones que perturben la seguridad de las personas o bienes sobre los cuales ejercen sus funciones, no están autorizadas para restringir arbitrariamente los ámbitos de la libertad constitucionalmente protegidos, ni mucho menos incurrir en actos de discriminación, fundados, por ejemplo, en la orientación sexual de las personas.

8. La invisibilización de las personas LGBTI en los espacios públicos y semipúblicos

97. Los hechos que se narran en la acción de tutela que se estudia en esta oportunidad no son nuevos en nuestro país, por el contrario, responden a un patrón de discriminación que de manera reiterada se ha venido presentando. Casos similares al presente han salido a la luz pública en diferentes ocasiones y la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en algunos de ellos, como a continuación se muestra.

98. En la Sentencia T-909 de 2011 se estudió el caso de una pareja de hombres homosexuales que se encontraban en un centro comercial y, después de tener manifestaciones de afecto, fueron recriminados por un vigilante del centro comercial, quien les dijo: “Yo respeto su forma de pensar, pero ustedes tienen que comportarse o sino tienen que retirarse del Centro Comercial, porque aquí hay familias y niños.” La Corte amparó los derechos fundamentales de los accionantes y concluyó que “la conducta desplegada por el guardia de seguridad en representación de la empresa FORTOX y de los intereses del centro comercial COSMOCENTRO, restringió ilegítimamente el derecho de Jimmy Moreno y de su pareja, a expresar libremente sus opciones vitales derivadas de su dignidad, intimidad y del libre desarrollo de su personalidad. Porque con el hecho de besarse, por las razones que se

han advertido, no pudieron haber puesto en riesgo los derechos de los demás, los derechos de los niños, ni tampoco en general el ordenamiento jurídico. Sencillamente los señores Moreno y Pérez efectuaron un acto de la naturaleza humana, derivado de la atracción y los afectos, que al ser inherentes a la especie y no contravenir norma alguna, no tiene por qué esconderse u ocultarse.”⁶⁸

99. Un caso similar fue analizado en la Sentencia T-291 de 2016, en el que un hombre fue expulsado de un centro comercial por parte de los guardas de seguridad, luego de haber sido acusado falsamente de haber realizado actos obscenos con otro hombre. La Corte protegió los derechos fundamentales del demandante y explicó: “el Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla y la empresa Vigilancia del Caribe Ltda. vulneraron los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación del señor Héctor Alfonso Barrios Peña, debido al trato discriminatorio que recibió en razón de su orientación sexual por parte de algunos integrantes del personal de seguridad del referido complejo comercial, quienes lo retuvieron, expusieron al público, discriminaron y finalmente expulsaron de la copropiedad.”⁶⁹

100. En la Sentencia T-030 de 2017 la Corte conoció el caso de una pareja de hombres homosexuales que se encontraban en un centro comercial y, luego de besarse, fueron abordados por un guarda de seguridad quien les solicitó abandonar el lugar, so pena de requerir la presencia de un agente de Policía para que atendiera la situación. La Corte nuevamente concedió la tutela y señaló: “las manifestaciones de afecto que los demandantes expresaron con un beso, no configuran supuestos fácticos sancionados legalmente por las autoridades públicas, pues no implicaron actos de un alto contenido íntimo, sexual o de naturaleza obscena, proscritos por el Legislador (...). No existe restricción legal para el ejercicio de estas libertades individuales en concreto, por lo que el guarda de seguridad, en el asunto objeto de estudio, no podía imponer algún tipo de limitación, restricción o llamado atención a los visitantes del establecimiento que presta sus servicios al público en general, relacionados con el ejercicio de sus derechos fundamentales, sean estas parejas heterosexuales o con orientación sexual diversa, pues dicha manifestación no implicó

el desconocimiento de alguna norma de policía, no alteró el orden público, ni afectó los bienes jurídicos bajo custodia del guarda de seguridad.”⁷⁰

101. Recientemente, en la Sentencia T-355 de 2019, se estudió el caso de una pareja de mujeres lesbianas que se encontraban en un establecimiento comercial y fueron reconvenidas por el dueño del lugar por cogerse de la mano, quien explicó, en declaración rendida ante la Corte, que su establecimiento es un “local comercial de ambiente familiar donde generalmente no se aprecian muestras de afecto o cariño extralimitadas” y “no es un lugar propiamente de ambiente para parejas del mismo sexo.” En esta oportunidad la Corte amparó los derechos fundamentales de las accionantes y advirtió que su vulneración “no solo acaeció por la acción desplegada por el administrador del local comercial, sino que también se presentó por el lenguaje utilizado por aquel para reprochar el comportamiento de la peticionaria, el cual tuvo una fuerte carga discriminatoria, particularmente por su orientación sexual diversa y su pretensión normalizadora e invisibilizadora de la diferencia, lo cual es inadmisibile en términos constitucionales.”⁷¹

102. Los anteriores casos evidencian un patrón común de discriminación que se presenta en espacios abiertos al público y tiene como objeto a las personas del mismo sexo que tienen manifestaciones públicas de afecto. En muchas ocasiones estos actos discriminatorios son justificados por la presunta incomodidad que causan estas demostraciones de cariño en los demás asistentes del lugar en el que se presentan, o se escudan en la supuesta preocupación por los niños que observan a una pareja del mismo sexo acariciándose o besándose.⁷²

103. Estas situaciones muestran la forma de discriminación más esencial: la invisibilización. De esta manera se pretende que estas personas pasen desapercibidas ante la sociedad y se vean obligadas a ocultar sus sentimientos y limitarlos exclusivamente a la esfera privada donde no puedan ser vistos, camuflando en ocasiones el desprecio y los prejuicios bajo la aparente preocupación por la tranquilidad de las demás personas o la protección de los

niños. Por tanto, la garantía de los derechos de las personas LGBTI parte de que sean visibilizados por la sociedad, de que puedan relacionarse y sentirse reconocidos, aceptados y respetados en los espacios públicos o abiertos al público en las mismas condiciones del resto de personas y no teman exponerse a ser excluidos o recriminados por demostrar su afecto de manera pública.

9. Los derechos fundamentales de Juana y María a no ser discriminadas, a la igualdad, a la dignidad humana, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, fueron vulnerados al haber sido discriminadas por realizar manifestaciones públicas de afecto que no contrariaban el ordenamiento legal

104. Antes de dar respuesta al problema jurídico que se plantea en esta oportunidad, es necesario establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos que originaron la acción de tutela, ya que las entidades accionadas niegan la ocurrencia de éstos. En la acción de tutela y en la respuesta al auto de pruebas proferido por la Magistrada ponente las accionantes narran la forma en que ocurrieron los hechos. Afirman que el 9 de septiembre de 2019, mientras se encontraban departiendo junto con otras personas en la plazoleta de comidas del Centro Comercial Viva de Barranquilla en horas de la noche, una guarda de seguridad del centro comercial les llamó la atención por realizar manifestaciones públicas de afecto y les advirtió que no lo podían hacer porque había niños. Ante la inconformidad que expresaron las accionantes a la vigilante por la referida recriminación, aquella les dijo que solo seguía órdenes. Esta descripción de los hechos también es apoyada por otras dos personas que se encontraban con las accionantes en ese momento, quienes allegaron a este proceso sendas declaraciones en la que detallan lo sucedido.

105. Almacenes Éxito S.A., propietaria del Centro Comercial Viva de Barranquilla, señaló que no tuvo conocimiento de los hechos que se relatan en la acción de tutela y no recibió ninguna petición o reclamo de las accionantes, sin embargo, expresaron su compromiso con el respeto por las personas LGBTI. Por su parte, la empresa de vigilancia Miro Seguridad LTDA niega la ocurrencia de los hechos y advierte que no se inició ninguna investigación. Indicó

que “unas son las manifestaciones públicas de afecto y otras muy diferentes son las conductas que están matizadas de sexualidad o erotismo, que al parecer fue lo que pudo dar lugar al procedimiento del guarda de Miro Seguridad Ltda, sin embargo no está plenamente probado el supuesto requerimiento del guarda de seguridad.”

106. Como se analizó en el acápite 4.3. de esta sentencia, cuando se alega un acto discriminatorio fundado en un criterio sospechoso, como sucede en este caso, opera una presunción de discriminación y, en virtud de la carga dinámica de la prueba, la parte accionada es quien debe aportar los elementos probatorios que demuestren que no tuvo lugar tal acto discriminatorio, siendo insuficiente la simple negación de los hechos. En consecuencia, esta Sala tendrá por ciertos los hechos narrados en la acción de tutela.

107. Lo anterior teniendo en cuenta que (i) las accionantes presentaron un relato claro y consistente de los hechos tanto en la acción de tutela como en la respuesta al auto de pruebas del 26 de octubre de 2020. (ii) El relato de las accionantes fue apoyado por el testimonio de dos personas que estuvieron con ellas cuando sucedieron los hechos. (iii) A pesar del requerimiento realizado en el mencionado auto de pruebas, las partes accionadas no aportaron ningún elemento probatorio tendiente a desvirtuar las afirmaciones de las accionantes y simplemente negaron la ocurrencia de los hechos. Incluso, la empresa Miro Seguridad LTDA sugirió que el llamado de atención de la vigilante a las accionantes pudo ocurrir debido a que realizaron conductas “matizadas de sexualidad o erotismo”. Esto genera dudas sobre la negación de los hechos que expone la empresa de seguridad, pues si no tenía conocimiento de la situación narrada en la acción de tutela, cómo puede afirmarse que posiblemente esto fue lo que ocurrió. (iv) Si bien las empresas accionadas aducen que para el día en que ocurrieron los hechos no se había asignado ninguna guarda mujer para prestar el servicio de vigilancia en el tercer piso del Centro Comercial Viva, esta afirmación no tiene ningún soporte y es desvirtuada tanto por las accionantes como por los testimonios de las dos personas que las acompañaban en ese momento, quienes corroboraron que en el momento en que sucedieron los hechos hacía presencia una vigilante del centro comercial. Incluso, una de las declarantes, Olga Lucía Martínez, afirma que increpó a la vigilante para

preguntarle “si esa actitud la había asumido con las otras parejas heterosexuales que estaban en el lugar.” (v) Aunque Almacenes Éxito S.A. argumenta que no recibió ninguna petición o reclamo de las accionantes, lo cual es aceptado por ellas, esta situación obedeció, tal como lo afirman en la respuesta al Auto de pruebas del 26 de octubre de 2020, a que Juana y María se vieron muy afectadas por la conducta de la vigilante del centro comercial y abandonaron el lugar inmediatamente después de que ocurrieron los hechos y no volvieron por temor a exponerse a una revictimización.⁷³ En todo caso, no existe ninguna obligación de las accionantes relacionada con la interposición de alguna queja o reclamo ante el centro comercial como requisito para interponer una acción de tutela por estos hechos. Las quejas o reclamos que se pueden interponer ante una empresa privada no tienen el efecto de cesar o reparar la vulneración de un derecho fundamental y, en esa medida, no desplazan a la acción de tutela. Finalmente, (vi) la Corte valora que los hechos denunciados en la acción de tutela responden a un patrón de discriminación recurrente hacia las personas del mismo sexo que tienen manifestaciones públicas de afecto, el cual ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corte y de organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tal como se evidenció en el acápite 7 de esta sentencia. Por tanto, existe además una amenaza sobre los derechos fundamentales de las personas LGBTI que manifiestan su cariño en espacios abiertos al público, pues se encuentra latente el riesgo de que puedan ser objeto de actos discriminatorios por esta circunstancia.

108. Superada entonces la controversia probatoria, esta Sala advierte que Juana y María, al ser recriminadas por la vigilante que prestaba sus servicios en el Centro Comercial Viva de Barranquilla debido a que realizaron manifestaciones públicas de afecto y prohibirles este comportamiento, sufrieron un acto de discriminación que también supuso un escenario de discriminación. Esta situación, además de transgredir sus derechos a la igualdad y a no ser discriminadas, constituyó una injerencia arbitraria en sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad. Esto a su vez implicó el desconocimiento de su dignidad humana, pues no se respetó su autonomía para autodeterminarse y vivir sin ser sometidas a humillaciones.

109. En efecto, no hay ninguna evidencia que el comportamiento de las accionantes transgrediera las normas de policía que prohíben los “actos sexuales o de exhibicionismo” en lugares abiertos al público que puedan afectar la convivencia pacífica. No existe ninguna queja o testimonio que dé cuenta de estos comportamientos. Las manifestaciones públicas de afecto de las accionantes se enmarcan entonces dentro del legítimo ejercicio de las libertades individuales y hacen parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

110. En consecuencia, la vigilante de la empresa Miro Seguridad LTDA no podía, escudándose en la protección de los niños que asistían al lugar, reprochar o prohibir las manifestaciones públicas de afecto de Juana y María en el Centro Comercial Viva, pues no existe ninguna restricción legal para ello. Con su actuación, la guarda de seguridad se extralimitó en sus funciones y desconoció los derechos fundamentales de las accionantes y las normas de policía que no solo permiten este comportamiento, sino que consideran como una contravención la obstrucción de las manifestaciones afecto y cariño que no configuren actos sexuales o de exhibicionismo en razón a criterios sospechosos de discriminación. Lejos de garantizar los derechos de los niños, cuando un guarda de seguridad incurre en un acto discriminatorio perpetúa comportamientos que no tienen lugar en una sociedad democrática, como la exclusión, la discriminación y la violencia. Por tanto, en estos casos no solamente se desconocen los derechos de las personas que son discriminadas, sino también los niños que presencian el acto discriminatorio, pues el mensaje que se les transmite es que la sociedad en la que viven no es igualitaria y no respeta la dignidad de todas las personas.

111. De igual manera, la empresa Miro Seguridad LTDA transgredió los lineamientos de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada que hacen especial énfasis en el deber que tiene estas empresas de respetar los derechos humanos y “adoptar las medidas necesarias para prevenir y atender de forma adecuada los hechos o situaciones relacionadas con las personas con orientación sexual e identidad de género diversa (LGBTI), en los sitios y espacios donde se preste el servicio y adoptar procedimientos internos en tal sentido, o en su defecto aquellos que se requieran para sancionar actos de discriminación directa o indirecta, que puedan cometer el personal vinculado a los sujetos sometidos a Inspección, Vigilancia y

Control de la Superintendencia.”⁷⁴ Por tanto, la Sala considera que Miro Seguridad LTDA es responsable de la violación de los derechos fundamentales de Juana y María. Esto por cuanto la vigilante que incurrió en el acto discriminatorio obró como empleada de dicha empresa, razón por la cual ésta debe responder por las actuaciones de sus dependientes.

112. La Sala llama la atención sobre la respuesta brindada por Miro Seguridad LTDA al Auto de pruebas del 26 de octubre de 2020, en donde señala que “toda persona debe comportarse en público de acuerdo con los dictados de la moral y las buenas costumbres, sin inducir a un mal ejemplo, crear escenas de escándalo ni llamar la atención con un comportamiento que normalmente se realizan en otros escenarios” y que, en todo caso, no pueden permitirse “las conductas que están matizadas de sexualidad o erotismo, que al parecer fue lo que pudo dar lugar al procedimiento del guarda de Miro Seguridad Ltda.” La Corte recuerda que los conceptos de “moral” y “buenas costumbres” deben entenderse de acuerdo a los principios y valores que inspiran la Constitución Política.⁷⁵ Por lo tanto, las empresas de seguridad privada deben asegurarse que sus empleados sean conscientes de que los actos discriminatorios, como la prohibición a una pareja del mismo sexo de realizar manifestaciones públicas de afecto, es un comportamiento contrario a la moral pública y a las costumbres de una sociedad democrática y pluralista como la nuestra.

113. La Corte también advierte que en la situación que se analiza se presentó un escenario de discriminación, toda vez que el acto discriminatorio tuvo lugar frente a un público, esto es, las personas que acompañaban a Juana y María cuando sucedieron los hechos. De otra parte, existía una relación de sujeción entre las accionantes y la vigilante del centro comercial, quien podía coaccionar a aquellas para impedirles manifestar públicamente su afecto. También advierte esta Sala que el escenario de discriminación ocurrió en un lugar abierto al público, por lo que el acto discriminatorio pudo ser presenciado, no solo por los acompañantes de las demandantes, sino por cualquier persona que en ese momento visitaba el centro comercial. Finalmente, se debe tener en cuenta que esta situación generó en las accionantes un temor a realizar manifestaciones de afecto en espacios públicos o abiertos al público y las llevó a tomar la decisión de no volver al Centro Comercial Viva, al considerar

que podían ser revictimizadas o vivir un acto discriminatorio similar. Estas particularidades, sin duda, acentúan la afectación a los derechos fundamentales de las accionantes.

114. Este escenario de discriminación afectó no solamente a Juana y María, sino también a sus amigos y amigas que en el momento en que sucedió el acto discriminatorio las acompañaban en el centro comercial. En efecto, estas personas pudieron evidenciar que se encontraban en un lugar hostil a la diversidad y en el que no se respetan los derechos fundamentales, esto es, un espacio en donde se apagan las garantías constitucionales y se permite la arbitrariedad de las personas encargadas de la seguridad. El mensaje de exclusión llegó entonces no solo a las accionantes, sino además, a las personas que estaban con ellas departiendo en el centro comercial.

115. Ahora bien, aunque es cierto que Almacenes Éxito S.A. informó sobre las actividades que ha desplegado en el marco de sus políticas de no discriminación y promoción de la diversidad y el respeto a las personas LGBTI, en este caso particular también tiene una responsabilidad en los hechos objeto de análisis, ya que éstos ocurrieron al interior del Comercial Viva de Barranquilla, el cual es de su propiedad, y la guarda de seguridad implicada en la actuación que se censura prestaba sus servicios a dicho establecimiento con ocasión de labor contratada. Almacenes Éxito S.A. escogió a la empresa Miro Seguridad LTDA para cumplir las labores de vigilancia y seguridad del Centro Comercial Viva, por lo que, si bien no fue un empleado suyo quien cometió el acto discriminatorio, tiene una responsabilidad en estos hechos en la medida en que fue una empleada de la empresa de seguridad, la cual contrataron libremente, quien de manera directa vulneró los derechos fundamentales de las accionantes.

116. La Corte también encuentra que en esta oportunidad, en la violación de los derechos fundamentales de Juana y María, incidió su desconocimiento, y el de la sociedad en general, sobre la política de Almacenes Éxito S.A. de respeto y garantía de los derechos de las personas LGBTI. Esto implicó que las accionantes decidieran no volver al Centro Comercial

Viva después de que ocurrió el acto discriminatorio y no interpusieran ninguna queja por temor a ser revictimizadas, sino que acudieran a Caribe Afirmativo, una organización que trabaja en favor de la diversidad sexual, en donde les recomendaron interponer una acción de tutela para denunciar lo sucedido. En consecuencia, esta Sala considera que, con fundamento en la colaboración que debe existir entre el sector público y el sector privado y en el deber constitucional que tienen los particulares de “defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica”,⁷⁶ es necesario que la posición de Almacenes Éxito S.A. en favor de la diversidad y el respeto a los derechos de las personas LGBTI sea claramente difundida y conocida por la empresa de seguridad y sus empleados, de tal manera que las personas tengan la certeza de que en sus distintos lugares abiertos al público las personas, sin distinción alguna, van a ser aceptadas y su dignidad reconocida, esto es, son espacios seguros en los que no se permiten actos discriminatorios y, en caso de ocurran, van a ser rápida y adecuadamente atendidos y solucionados. Por tanto, el remedio judicial que se adopte en esta oportunidad estará orientado a que la postura en favor de la Constitución de Almacenes Éxito S.A. sea difundida y conocida por la empresa de seguridad y sus empleados.

117. En suma, la Corte encuentra acreditada la discriminación que sufrieron Juana y María por manifestar públicamente su afecto. La actuación de la guarda de seguridad, quien recriminó y prohibió a las accionantes las muestras de cariño referidas, estuvo desprovista de cualquier fundamento constitucional y legal y constituyó una vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, a no ser discriminadas, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana. Esta situación ha impedido a las accionantes volver al centro comercial en el que fueron discriminadas por miedo a ser objeto de señalamientos y reproches, además del temor que ahora tienen de expresar públicamente su afecto en cualquier espacio público o semipúblico. Por ende, se hace imperioso romper la invisibilización a las que son sometidas las personas LGBTI en los espacios públicos o abiertos al público y, de esta manera, superar los prejuicios sociales que aún persisten sobre esta población. La garantía de sus derechos fundamentales, en una sociedad democrática y respetuosa de la diversidad, debe partir entonces de su visibilización.

10. Órdenes

118. Una vez constatada la vulneración de los derechos fundamentales de Juana y María, esta Sala debe determinar las órdenes a adoptar. La Corte revocará las sentencias proferidas el 29 de noviembre de 2019 por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, y el 6 de febrero de 2020 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, por medio de las cuales se negó el amparo de los derechos de las accionantes. En su lugar, se ampararán sus derechos fundamentales a la igualdad, a no ser discriminadas, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana.

119. En consecuencia, se declarará que Juana y María sufrieron un acto de discriminación por parte de la vigilante de la empresa Miro Seguridad LTDA que prestaba sus servicios al Centro Comercial Viva de Barranquilla por el hecho de manifestar públicamente su afecto. Así mismo, se ordenará a las empresas accionadas disponer un espacio apropiado y abierto al público dentro de las instalaciones del Centro Comercial Viva de Barranquilla, en el cual deberán ofrecer disculpas públicas a Juana y María por los hechos que dieron origen a la acción de tutela de la referencia y la vulneración a sus derechos fundamentales. También, se ordenará a Almacenes Éxito S.A. que comunique su política institucional en materia de respeto a los derechos de las personas LGBTI a la empresa Miro Seguridad LTDA.

120. De igual manera, para evitar la repetición de los hechos que originaron la presente acción de tutela, se ordenará a la empresa Miro Seguridad LTDA que capacite a sus empleados en materia de respeto a los derechos de las personas LGBTI y adopte las medidas adecuadas y necesarias para evitar que sus empleados vuelvan a cometer actos de discriminación a causa de la orientación sexual de las personas, debiendo presentar un informe al juez de primera instancia en el que establezca cuáles son las medidas concretas que se adoptarán y cómo se van a aplicar. Así mismo, se ordenará compulsar copias de todo lo actuado a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada para que, con base en la Circular Externa número 20157000000195 del siete (7) de septiembre de 2015 de dicha entidad, y dentro de sus competencias, si fuera procedente, adelante las investigaciones

correspondientes contra la empresa de seguridad privada accionada por los hechos que dieron origen a la acción de tutela de la referencia. Finalmente, se exhortará a los jueces de tutela de instancia que, en adelante, sigan la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con la prohibición de discriminación de las personas LGBTI.

11. Síntesis de la decisión

121. Juana y María son pareja e interpusieron acción de tutela en contra de Almacenes Éxito S.A., el Centro Comercial Viva y Miro Seguridad LTDA por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana, a la intimidad, a la vida privada, a la igualdad y a la prohibición de discriminación, toda vez fueron recriminadas por parte de una guarda de seguridad del Centro Comercial Viva de Barranquilla por realizar manifestaciones públicas de afecto al interior de sus instalaciones.

122. La Corte reiteró la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a no ser discriminado, analizó la discriminación en razón de la orientación sexual diversa, precisó cuáles conductas afectan la tranquilidad en espacios públicos o semipúblicos y cuáles están permitidas y respaldadas constitucional y legalmente. Determinó la función que tienen los servicios de vigilancia y seguridad privada y los límites de sus facultades, así como el respeto a los derechos humanos que debe guiar sus actuaciones. Antes de analizar el caso concreto, la Sala constató la invisibilización que sufren las personas LGBTI en los espacios públicos y semipúblicos, en donde se presenta un patrón de discriminación que tiene como objeto a las personas del mismo sexo que realizan manifestaciones públicas de afecto.

123. A partir de las anteriores consideraciones, esta Sala concluyó que en el presente caso se habían vulnerado los derechos fundamentales de Juana y María a la igualdad, a no ser discriminadas, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana,

debido a que una vigilante de la empresa Miro Seguridad LTDA, que prestaba sus servicios en las instalaciones del Centro Comercial Viva de Barranquilla, las recriminó y prohibió expresar públicamente su afecto, sin que existiera alguna evidencia de que su comportamiento transgredió las normas que garantizan la convivencia pacífica. Esta situación configuró un acto discriminatorio que tuvo por efecto invisibilizar a las accionantes en un espacio abierto al público.

III. Decisión

124. Las empresas de vigilancia y seguridad privada, así como los establecimientos abiertos al público que contratan sus servicios, vulneran los derechos fundamentales cuando guardas de seguridad que trabajan para aquellas, y en ejercicio de sus funciones, limitan o prohíben las manifestaciones públicas de afecto entre personas del mismo sexo que no configuran actos sexuales o de exhibicionismo en los términos señalados por las normas de Policía.

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

RESUELVE

Primero.- Por las razones y en los términos de esta providencia, REVOCAR las sentencias proferidas el 29 de noviembre de 2019 por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, y el 6 de febrero de 2020 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, por medio de las cuales se negó la acción de tutela interpuesta por las accionantes. En su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la igualdad, a no ser discriminadas, a la intimidad, al libre

desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de Juana y María, con fundamento en lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.- DECLARAR que Juana y María sufrieron un acto de discriminación por parte de una vigilante de la empresa Miro Seguridad LTDA que prestaba sus servicios al Centro Comercial Viva de Barranquilla por el hecho de manifestar públicamente su afecto.

Tercero. ORDENAR a Almacenes Éxito S.A. y Miro Seguridad LTDA que, dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de esta providencia, dispongan un espacio apropiado y abierto al público dentro de las instalaciones del Centro Comercial Viva de Barranquilla, en el cual deberán ofrecer disculpas públicas a Juana y María por los hechos que dieron origen a la acción de tutela de la referencia y la vulneración a sus derechos fundamentales. A dicho acto deberán invitar a participar a las accionantes.

Cuarto.- ORDENAR a Almacenes Éxito S.A. que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, comunique su política institucional en materia de respeto a los derechos de las personas LGBTI a la empresa Miro Seguridad LTDA.

Quinto.- ORDENAR a la empresa Miro Seguridad LTDA que capacite a sus empleados en materia de respeto a los derechos de las personas LGBTI y adopte las medidas adecuadas y necesarias para evitar que sus empleados vuelvan a cometer actos de discriminación a causa de la orientación sexual de las personas. La empresa Miro Seguridad LTDA deberá presentar un informe al juez de primera instancia, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, en el que establezca cuáles son las medidas concretas que se adoptarán y cómo se van a aplicar.

Sexto.- COMPULSAR copias de todo lo actuado a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada para que, con base en la Circular Externa número 20157000000195 del

siete (7) de septiembre de 2015 de dicha entidad y dentro de sus competencias, si fuera procedente, adelante las investigaciones correspondientes contra la empresa Miro Seguridad LTDA por los hechos que dieron origen a la acción de tutela de la referencia.

Séptimo.- EXHORTAR al Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla y al Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla que, en adelante, sigan la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con la prohibición de discriminación de las personas LGBTI.

Octavo.- REMITIR al Juzgado de primera instancia el expediente digitalizado del proceso de tutela de la referencia. Una vez se retomen actividades normales, la Secretaria General de la Corte Constitucional deberá ENVIAR el expediente físico al despacho correspondiente.

Noveno.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través del Juez de tutela de instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Dado que en la acción de tutela se solicita proteger la identidad de las demandantes, en la

versión pública de esta sentencia se cambiarán sus nombres reales por nombres ficticios.

2 Mediante Auto del 29 de septiembre de 2020, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro, conformada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Alberto Rojas Ríos, la Corte Constitucional seleccionó para revisión el expediente T-7.891.149.

3 La acción de tutela obra en los folios 1 a 10 del cuaderno 1.

4 La respuesta a la acción de tutela de Miro Seguridad LTDA. obra en los folios 23 a 25 del cuaderno 1.

5 La respuesta a la acción de tutela de Almacenes Éxito S.A. obra en los folios 27 a 30 del cuaderno 1.

6 La sentencia del juez de tutela de primera instancia obra en los folios 104 a 112 del cuaderno 1.

7 La impugnación de la sentencia del juez de tutela de primera instancia obra en los folios 123 a 127 del cuaderno 1.

8 La sentencia del juez de tutela de segunda instancia obra en los folios 4 a 7 del cuaderno 2.

9 Folios 36 a 41 del cuaderno principal.

10 Folios 50 a 52 del cuaderno principal.

11 Esta declaración juramentada con fines extraprocesales fue suscrita ante el Notario Décimo de Barranquilla el 6 de noviembre de 2020. Folio 53 del cuaderno principal.

12 En el escrito presentado por las accionantes se indica que la declaración de Olga Lucía Martínez Alfaro no pudo realizar ante notario público “por motivo de las restricciones y medidas de autocuidado adoptadas por la pandemia de la COVID-19, resultó imposible que ella pudiera acudir a realizar la declaración juramentada antes de la presentación de esta ampliación.” Folio 54 del cuaderno principal.

13 Folios 56 del cuaderno principal.

14 Folios 58 a 60 del cuaderno principal.

16 Folios 71 y 72 del cuaderno principal.

17 Folios 21 a 26 del cuaderno principal.

18 El artículo 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona tiene la facultad de incoar el amparo constitucional, por sí misma o por quien actúe en su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

19 Folios 13 y 15 del cuaderno 1.

20 De acuerdo a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación y al artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra particulares en los siguientes casos: (i) cuando el particular presta un servicio público; (ii) cuando la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo y, (iii) cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

21 Sobre la configuración del estado de indefensión, ver entre otras, sentencias T-798 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-552 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 Sentencia T-405 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño. En dicha sentencia también se demandó a un particular por la violación de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

23 La Corte Constitucional ha identificado enunciativamente algunas situaciones que pueden dar lugar a este supuesto. En la Sentencia T-012 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio), la Corte hizo referencia a las siguientes circunstancias: “(i) cuando la persona está en ausencia de medios de defensa judiciales eficaces e idóneos que le permitan conjurar la vulneración de un derecho fundamental por parte de un particular; (ii) quienes se encuentran en situación de marginación social y económica; (iii) personas de la tercera edad; (iv) discapacitados; (v) menores de edad; (vi) la imposibilidad de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una posición o un derecho del que es titular; (vii) la existencia de un vínculo afectivo, moral, social o contractual, que facilite la ejecución de acciones u omisiones que resulten lesivas de derechos fundamentales de una de las partes como en la relación entre padres e

hijos, entre cónyuges, entre copropietarios, entre socios, etc. y, (viii) el uso de medios o recursos que buscan, a través de la presión social que puede causar su utilización, el que un particular haga o deje de hacer algo en favor de otro.”

24 Sentencia T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

25 Sentencia T-030 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

26 Ibídem.

27 Sobre el requisito de la inmediatez, ver entre muchas otras las sentencias T-158 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-584 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-416 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; T-038 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Aquiles Arrieta Gómez (e).

28 Ver, entre muchas otras, las Sentencias T-328 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-662 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-066 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; T-577 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo; T-030 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; SU-075 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-314 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

29 Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-314 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-077 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-030 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-141 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

30 Sentencia SU-655 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos. También pueden consultarse las sentencias SU-225 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada (e) y T-481 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

31 Sentencia T-344 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

32 En la Sentencia SU-522 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera se señaló: “La doctrina constitucional ha agrupado estos casos bajo la categoría de “carencia actual de objeto”; y si bien el concepto central se ha mantenido uniforme, con el devenir de la jurisprudencia se ha venido ajustando su clasificación y las actuaciones que se desprenden para el juez de tutela

ante estos escenarios.”

33 Ver, por ejemplo, las sentencias T-970 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-481 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-021 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-423 de 2017. M.P. (e) Iván Humberto Escruería Mayolo.

34 Sentencia SU-667 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Para un listado de los escenarios en los que la jurisprudencia ha aplicado esta categoría ver, por ejemplo, la Sentencia T-448 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

35 En virtud a lo estipulado en el artículo 6, numeral 4 del Decreto 2591 de 1991 que prevé: “Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: (...) Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.” También puede consultarse la Sentencia T-495 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

36 Esta postura fue adoptada en la Sentencia SU-522 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera.

37 Sentencia T-030 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Reiterado en la Sentencia T-335 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

38 Ver, entre otras, las sentencias T-098 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-1042 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1167 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-030 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-393 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-062 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-141 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa; y T-376 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

39 Artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículos 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales.

40 Artículo 3.1 de la Carta de la OEA. Artículos 1.1. y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

41 Artículos 2 y 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” y el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y

de las Libertades Fundamentales.

42 La Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia fue adoptada en La Antigua, Guatemala, el 5 de junio de 2013. La Convención fue firmada por Colombia el 8 de septiembre de 2014 y aún no ha sido ratificada.

43 Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”. La Corte Constitucional también ha reconocido que el principio de no discriminación hace parte del ius cogens. En la Sentencia C-091 de 2017, en la que se analizó la constitucionalidad del tipo penal de “hostigamiento”, se dijo: “El caso objeto de estudio se refiere a una dimensión especial de la igualdad, que se caracteriza por la existencia de una prohibición definitiva y alcanza el rango de principio ius cogens en el derecho internacional, es decir, de una norma que no admite pacto en contrario entre las partes contratantes (en principio, los Estados). Básicamente, una discriminación se presenta cuando las autoridades adoptan tratos diferenciados entre personas o grupos en situaciones similares, sin que exista para ello una razón legítima.”

45 Ver Sentencia T-098 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

46 M.P. María Victoria Calle Correa.

47 La Sentencia T-141 de 2017 (M.P. María Victoria Calle Correa), explica que los criterios sospechosos de discriminación son “categorías que “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con

base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales.”

48 M.P. María Victoria Calle Correa.

49 Sentencia T-691 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

50 *Ibídem*.

51 *Ibídem*.

52 Este criterio ha sido consolidado a partir de la Sentencia T-098 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que se indicó que: “[l]os actos discriminatorios suelen ser de difícil prueba. De ahí que sea apropiado que la carga de probar la inexistencia de discriminación recaiga en cabeza de la autoridad que expide o aplica una disposición jurídica, no así en quien alega la violación de su derecho a la igualdad, especialmente cuando la clasificación que se hace de una persona es sospechosa por tener relación con los elementos expresamente señalados como discriminatorios a la luz del derecho constitucional.”

53 Ver, entre otras, las sentencias T-741 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-291 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; y T-335 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

54 Ver, entre otras, las sentencias T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-314 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-077 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-030 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-141 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

55 Sentencia T-141 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

56 *Ibídem*.

57 Esta concepción de la orientación sexual ha sido adoptada en distintos pronunciamientos de esta Corte, por ejemplo, en las sentencias T-804 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-099 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-071 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-141 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; T-077 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-252 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; y T-363 de 2016. M.P. Gloria Stella

Ortiz Delgado.

58 Sobre la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación, ver entre otras las sentencias C-075 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T- 565 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-804 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-141 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; T-478 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-376 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

59 Sentencia T-141 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

60 Sentencia C-253 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera.

62 Sentencia T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

63 Sentencia T-030 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

64 Ley 1801 de 2016.

65 En la Sentencia C-204 de 2019 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), se indicó: “[l]os espacios semipúblicos, como las oficinas públicas o de entidades prestadoras de servicios públicos, los bancos, los centros comerciales, los locales comerciales, los estadios y los cines, no son lugares públicos, pero se encuentran abiertos a él.”

66 En la Sentencia T-291 de 2016, la Corte Constitucional estudió el caso de una persona que fue retenida, expuesta y expulsada de un centro comercial, por considerar que se encontraba realizando actos obscenos. Allí se precisó que “La restricción de besarse en público que se imponga a una pareja homosexual por parte del personal de vigilancia de un centro comercial o similar, restringe ilegítimamente el derecho de esa pareja a expresar libremente sus opciones vitales derivadas de su dignidad, intimidad y del libre desarrollo de su personalidad.”

67 Sentencia C-204 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

68 Sentencia T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

69 Sentencia T-291 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

70 Sentencia T-030 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

71 Sentencia T-355 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

72 En el informe “Violencia contra personas LGBTI” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2015, se indica que este organismo “ha recibido información de casos de parejas del mismo sexo atacadas por demostrar su afecto en público, como tomarse de la mano, acariciarse, abrazarse o besarse. También se ha conocido de guardias de seguridad privada en centros comerciales que expulsan a parejas del mismo sexo en respuesta a demostraciones públicas de afecto (...). En Colombia, organizaciones alegan que las parejas del mismo sexo continúan siendo perseguidas y hostigadas, incluso con posterioridad a una decisión de la Corte Constitucional que estableció que la expulsión de una pareja gay de un centro comercial por dos guardias de seguridad con base en demostraciones de afecto en público constituyó un acto de discriminación.”

73 En la Sentencia T-030 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), en la que se analizó el caso de una pareja de hombres homosexuales que fueron discriminados en un centro comercial por realizar manifestaciones públicas de afecto, los accionantes tampoco interpusieron ninguna queja por temor a ser revictimizados.

74 Circular Externa número 20157000000195 del 7 de septiembre de 2015 de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

75 Al respecto ver, entre otras, las sentencias C-931 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-113 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa; C-234 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera; y C-382 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

76 Constitución Política. Artículo 95.4.