

Sentencia T-143/18

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA PROTECCION DE LA IDENTIDAD DE GENERO-Caso en que trabajador transgénero solicita autorización para utilizar uniforme femenino con una variación que consistía en usar pantalón de hombre u otra opción que no atentara en contra de su identidad sexual

El derecho a tener una identidad de género se ha conceptualizado como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”, con base en las definiciones adoptadas por Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos e incluso los principios de Yogyakarta.

PERSONA TRANSGENERO-Noción

PERSONAS TRANSGENERO-Incluye personas transexuales, transgénero, travestidos, intergénero, transformistas, drag Queens y drag kings

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Al actor se le hizo entrega de los vestidos de labor determinados para los hombres y se permitió el uso gradual de conformidad con su preferencia de género

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-Orden a Caja de Compensación realizar las adecuaciones correspondientes a sus manuales internos y crear un procedimiento a seguir en aras de garantizar el derecho a la identidad de género de los trabajadores de esa organización

Referencia: Expediente T-6496929

Acción de tutela instaurada por JAR contra la Caja de Compensación Compensar.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente

SENTENCIA

I. Antecedentes

Hechos

1. El 21 de junio de 2017, JAR[1] presentó acción de tutela contra la Caja de Compensación Compensar, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la identidad de género, la dignidad humana, la personalidad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad.

Indicó que nació el 22 de enero de 1993 consignándose el sexo femenino en su registro civil de nacimiento; no obstante, a partir del año 1997 se identificó con el sexo masculino, pese a que el mismo no concordaba con sus documentos de identidad y los estereotipos con los cuales interactuaba en sociedad.

Manifestó que está vinculado laboralmente a la Caja de Compensación Compensar, inicialmente como anfitrión desde el 17 de noviembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2017 y, como cotizador comercial desde el 1º de marzo de ese año.

Señaló que para adelantar sus funciones debe utilizar cotidianamente un sastre de lino diseñado para mujer, el cual resalta sus rasgos corporales aún femeninos, ocasionándole intranquilidad, estrés y preocupación. Por ello, el 18 de mayo de 2017 pidió autorización para utilizar “el uniforme femenino con una variación que consistía en usar pantalón de

hombre u otra opción que no atentara en contra de su identidad sexual”.

Afirmó que su solicitud fue negada bajo el argumento de que en la cédula de ciudadanía aparecía con sexo femenino y que no podían darle un trato exclusivo porque posiblemente se generaría inconformismo por sus pares.

Aseveró haber iniciado las consultas, exámenes y tratamientos para la reasignación sexual en la EPS Compensar, con el objeto de que su cuerpo sea coherente con su identidad sexual.

En consecuencia, solicitó se le autorizara la variación del uniforme mientras dura el tratamiento de reasignación sexual, para que una vez finiquitado se le permita el uso de las prendas correspondientes al género masculino, aunado a que lo trasladen a otra sede donde no se conozcan este tránsito y pueda ejercer de manera libre su identidad sexual. Por último, requirió que la institución accionada mantuviera la reserva de su identidad respecto de los documentos radicados ante la Oficina de Talento Humano, su tratamiento médico, así como el contenido de la acción de tutela.

Trámite procesal

2. Mediante auto de 23 de junio de 2017, el Juzgado 9º Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá avocó conocimiento de la acción constitucional de la referencia y corrió traslado a la Caja de Compensación Compensar y Compensar EPS, al tiempo que adelantó la reserva de identidad en el presente asunto disponiendo que se identifique al accionante con sus iniciales y documento de identidad.

Respuesta de la accionada

3. La Caja de Compensación Compensar manifestó que no le constan los hechos relacionados con el nacimiento ni la identidad de género del accionante, destacando que no ha realizado el trámite de cambio legal de sexo.

Afirmó que en efecto entre el 17 de noviembre de 2015 y el 28 de febrero de 2017 laboró como anfitrión de servicio y que desde el 1º de marzo de ese año asumió como cotizador comercial, cargo al cual se postuló libremente. Aclaró que el actor conoció las condiciones

para acceder a dicho empleo y se mostró de acuerdo con las mismas.

Refirió que el accionante debe utilizar uniforme de sastre diseñado para mujer, situación conocida y aceptada voluntariamente al momento de presentarse al proceso de selección, por lo que a su juicio es incompresible la razón para “modificar una de las condiciones de su cargo, y de paso modificar arbitrariamente toda una política corporativa y de imagen organizacional, abusando del derecho”[2]. Destacó que el uniforme es totalmente discreto y que no constituye un hecho real la afirmación subjetiva de la parte accionante referida a que dicha vestimenta resalte su cuerpo.

Aseguró que el actor no solicitó autorización para hacer una variación en su uniforme, sino que deseaba usar las prendas asignadas para el cargo anterior que desempeñaba, esto es, anfitrión de servicio. A juicio de la accionada, el accionante expresó su intención de utilizar un uniforme diferente al establecido para los cotizadores comerciales, situación inaceptable ya que altera la política corporativa e imagen organizacional de la entidad, por lo cual fue denegada su petición.

Adujo desconocer el tratamiento de “resignación de sexo” adelantado por el demandante, como quiera que hace parte de su vida privada.

En atención a lo anterior, se opuso a las pretensiones del escrito tutelar pues en su criterio se basó en supuestos de hecho falsos. Agregó que el empleador ha sido respetuoso de los derechos fundamentales del actor y que ello “en ningún caso implica renunciar al exigencia (sic) del cumplimiento de las obligaciones organizacionales de los trabajadores, específicamente, el cumplimiento de una política corporativa en un cargo de servicio al cliente”[3]. Aunado a ello, destacó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto ni puede ir en detrimento de terceros acorde con la jurisprudencia constitucional.

Señaló que le permite al accionante usar el uniforme para hombre destinado para el cargo de cotizador comercial, si este así lo decide. Sin embargo, consideró inaceptable usar un traje diferente al establecido para ese cargo, bien sea para el género femenino o masculino.

De otro lado, se opuso al traslado del actor a otra sede o cargo, al estimarlo

desproporcionado e irrazonable, “pues realizar un traslado de área y de cargo, sin surtir un debido proceso de selección, además de implicar abrir una plaza inexistente, constituiría un atropello a las políticas y parámetros de selección de mi representada, ya que se impondría una carga de abrir plazas y vacantes en función de las intenciones y deseos variables y particulares de un trabajador, en detrimento de la autonomía organizacional”[4]. Manifestó encontrarse de acuerdo con la reserva de los datos ventilados en el presente asunto.

Finalmente, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción puesto que no se acreditó la vulneración de ningún derecho fundamental del accionante, aunado a que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad[5] ni se demostró la concurrencia de un perjuicio irremediable.

Decisiones objeto de revisión

4. Primera instancia. En sentencia emitida el 8 de julio de 2017 el Juzgado 9º Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá negó el amparo deprecado con fundamento en que el accionante conocía las condiciones de acceso al cargo de cotizador comercial, las cuales aceptó libre y voluntariamente. Además, el empleador le permite usar los uniformes designados para los hombres con lo cual se garantiza el libre desarrollo de la personalidad y la identidad de género invocada.

A juicio del despacho judicial no se demostró transgresión alguna al derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que no se conoce un caso similar al del accionante en la entidad.

Respecto del traslado de cargo o sede una vez se surta el cambio de sexo, el fallador coligió que no es posible acceder a tal pedimento por cuanto “se está ante un hecho futuro, del que no se conoce si va a materializarse o no, en razón a que la afectada se limitó a indicar que estaba realizando consultas, exámenes y tratamientos ante la EPS, pero sin aportar pruebas en las que se soporte la necesidad de su traslado, al estar solo ante meras expectativas que no tienen la virtualidad de impartir una orden como la pretendida”[6].

Por último, protegió el derecho a la intimidad del actor accediendo a la solicitud de reserva de sus datos por hacer parte de su fuero personal.

5. Impugnación. Mediante escrito radicado el 14 de julio de 2017 el actor impugnó la

decisión de primera instancia aduciendo que la parte accionada -contrario a lo manifestado en este trámite- no permite que use la vestimenta masculina determinada para el cargo que actualmente desempeña. Sobre el particular, señaló que el a quo validó dicha conclusión sin contar con un medio probatorio que así lo demostrara.

Indicó que el uso del uniforme del cargo anfitrión de servicio fue una posibilidad planteada ante la negativa de la autorización para portar el pantalón masculino, con la finalidad de favorecer su salud emocional debido a que había sufrido episodios de depresión consignados en su historia clínica. Aclaró que tal suceso era conocido y aprobado por su jefe directo mientras se le otorgaba una cita con Talento Humano.

Aunado a ello afirmó que en “en reunión con Talento Humano del 7 de junio del presente año se me negó el uso tanto del pantalón de anfitrión como del uniforme de hombre cotizador comercial argumentando (como se evidencia en el acta) lo siguiente: ‘El uso del uniforme femenino se hará, teniendo en cuenta que así registra en su documentación y en la BD de colaboradores’, de manera tal que, (...) no se me ha autorizado ni se ha hecho entrega de uniforme masculino (para hacer efectiva la entrega de dotación es necesario el formato otorgado por Compensar donde se especifican las prendas brindadas al colaborador)”[7].

Reprochó que a juicio de la accionada sea indispensable haber agotado el trámite de corrección del sexo en el registro civil para solicitar el amparo de sus derechos a la identidad sexual y de género, ya que es desproporcionado y pretermite la aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma.

Consideró que no existe justificación para dar mayor preponderancia a las políticas corporativas y la conservación de imagen de la empresa frente al disfrute de sus derechos fundamentales especialmente al libre desarrollo de la personalidad en el trabajo, máxime cuando no se afecta el desempeño laboral ni los fines institucionales.

En lo que concierne al traslado solicitado, manifestó que aun cuando Compensar indica que es un hecho futuro cuya materialización es desconocida, la dependencia de Talento Humano conoce su historia clínica e, incluso el 8 de julio de 2017 recibió la primera dosis de testosterona, por lo cual el cambio será notorio en un término de 3 meses, con lo cual deja de ser una expectativa para convertirse en una realidad.

Coligió que se presenta una violación a su derecho a la igualdad, como quiera que los demás trabajadores de Compensar pueden vestir los uniformes en consonancia con su identidad de género, mientras que a él no le es permitido. Agregó que advierte transgredido su derecho a la vida digna al imponerle el uso de unas prendas diferentes a las que estima acordes con la construcción personal de su sexualidad y su género.

6. La entidad accionada mediante escrito recibido el 8 de agosto de 2017, allegó acta de la reunión de trabajo surtida el 25 de julio de ese año, en la cual se le autoriza al accionante el uso del uniforme masculino para personal administrativo.

7. Segunda instancia. El Juzgado 40 Penal del Circuito con Función de Conocimiento mediante fallo de 31 de agosto de 2017 confirmó la decisión de primera instancia, en razón a que no evidenció vulneración alguna a los derechos invocados por el demandante, máxime cuando se le permitió utilizar la vestimenta asignada para los hombres de la entidad accionada.

El fallador no encontró que se estuviera discriminando al empleado, ya que Compensar le indicó que es su obligación portar el uniforme de acuerdo a sus preferencias de género, lo cual no es pretexto para generar una mixtura de las prendas asignadas a varias dependencias pues ello atenta contra la política organizacional.

Concluyó que “no toda limitación puede considerarse discriminatoria de derechos fundamentales, porque en ejercicio de la iniciativa privada o en el ejercicio de potestades públicas se pueden establecer limitaciones a los trabajadores respecto al objetivo y al tipo de organización que deciden crear”[8].

8. Pruebas obrantes en el expediente

i) Copia de cédula de ciudadanía del accionante (folio 6, cuaderno 1).

ii) Copia del contrato individual de trabajo a término indefinido, celebrado el 10 de noviembre de 2015 entre Compensar y el accionante para el cargo de anfitrión de servicio, con fecha para inicio del 17 de noviembre de 2015 (folio 33 y 34, cuaderno 1).

iii) Copia de la Hoja de Vida suscrita por el accionante para Compensar (folio 35, cuaderno 1).

iv) Copia de memorando interno con fecha del 16 de marzo de 2017, de parte de Camila Andrea Rincón Carreño, Gerente de Selección y Operaciones Internas, dirigido al accionante para comunicarle el ascenso otorgado al cargo de cotizador comercial a partir del 1 de marzo de 2017 (folio 65, cuaderno 1).

v) Copia de la constancia N° 84765 del 5 de mayo de 2017 de la Cruz Roja, donde consta la asistencia del accionante a consulta médica en dicho centro de salud (folio 76, cuaderno 1).

vi) Copia de la historia clínica por ingreso de urgencias del actor a la Cruz Roja, el 3 de mayo de 2017 y con fecha de egreso del 5 de mayo de 2017 (folio 77 al 81, cuaderno 1).

vii) Copia del acta de reunión celebrada el 7 de junio de 2017, entre Compensar y el accionante, con objeto de comunicar el uso del uniforme administrativo femenino dando alcance a su rol en el equipo de cotizadores del proceso de venta (folio 83 y 84, cuaderno 1).

viii) Acta de la reunión de trabajo surtida el 25 de julio de ese año, en la cual se le autoriza al accionante el uso del uniforme masculino para personal administrativo (folio 6, cuaderno 2).

Trámite en Sede de Revisión

9. A través de auto de 14 de febrero de 2018 el magistrado sustanciador decretó la práctica de algunas pruebas tendientes a contar con mayores elementos de juicio en el caso sub examine.

10. Al accionante se le solicitó información relacionada con el uso del uniforme, la entrega de la dotación y la petición de traslado por él formulada[9], sin embargo no remitió respuesta alguna a los cuestionamientos de este Tribunal.

11. En escrito radicado el 23 de febrero del año en curso[10], la Caja de Compensación Compensar respondió las preguntas formuladas así:

i) ¿Ha autorizado el traslado de sede al empleado identificado con C.C. 1.019.078.346 con posterioridad de la presentación de la acción de tutela?

Indicó que el empleado se postuló y aprobó el proceso de selección promovido para el cargo de asesor de deportes el 12 de febrero de este año, siendo trasladado a la sucursal ubicada en la carrera 69 N° 49A-73 (CUR)[11].

ii) ¿Cuántas y cuáles sedes de la entidad cuentan con el cargo de cotizador comercial?

iii) Explique por qué un traslado implicaría abrir una plaza inexistente y por qué no es factible realizar un traslado al accionante.

Manifestó que la viabilidad de un traslado depende de que el trabajador se postule a un cargo ubicado en otra sede, surta el proceso de selección y resulte seleccionado para ocupar dicha plaza; pues de lo contrario si permanece en el mismo empleo no se tiene la infraestructura y organización necesaria para prestar el servicio en otro lugar.

iv) Remita copia de la constancia de entrega las prendas de dotación correspondientes al uniforme masculino del cargo de cotizador comercial al empleado identificado con C.C. 1.019.078.346.”

Al respecto, allegó constancia de entrega del uniforme administrativo tipo masculino al accionante por parte del proveedor de dotación para ese género el 7 de julio de 2017[13] y el correspondiente documento donde se registra el recibido del accionante[14].

Además, se remitió el acta de la reunión de trabajo llevada a cabo el 20 de febrero de 2018[15], en la que el accionante “reconoce la entrega de la dotación que hoy usa, desde el 26 de julio usa su dotación masculina”. Luego manifiesta que actualmente no utiliza el uniforme masculino completo “ya que su proceso ha tenido otros tiempos, sobre los cuales sus cambios esperados no se han dado tan rápido, por lo que se acuerda que se usará completo en la medida que se sienta preparado para hacerlo, por lo que (...) [el accionante] se compromete a mantenernos informados respecto a el (sic) avance de su proceso”.

En el mismo documento, se consignó que el actor ha podido adaptarse mejor a su entorno laboral, continuar con su proceso de manera más tranquila, el relacionamiento con su equipo es adecuado y se siente cómodo, respetado y aceptado.

12. El 2 de marzo de 2018, mediante correo electrónico[16], la accionada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la acción de tutela.

13. El Programa PAIS de la Universidad de los Andes intervino en el presente asunto el 18 de abril de 2018[17] y manifestó su apoyo a la solicitud de amparo de la referencia. Dicha organización señaló que el accionante es víctima de discriminación por parte del empleador, al verse obligado a vestir un uniforme que no es acorde a su identidad de género, agregando que este tipo de prácticas afectan gravemente a las personas trans[18], pues refuerzan diferentes estereotipos negativos que les impide permanecer en espacios laborales formales en condiciones dignas, lo que conlleva a una vulneración continua de derechos como el libre desarrollo de la personalidad, el trabajo en condiciones dignas, la salud y la igualdad.

Recordó la jurisprudencia constitucional en materia de protección especial de las personas con identidad de género diversa, concluyendo que el accionante al pertenecer a este grupo poblacional es un sujeto de especial protección constitucional. Asimismo, citó el precedente relacionado con que el cambio de sexo en los documentos legales no es un requisito para que se reconozca la identidad de género de una persona trans.

Coligió que la indumentaria y demás aspectos relacionados con la apariencia física son manifestaciones protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Señaló que de este se deriva el derecho a vivir bajo una identidad de género diversa, según su autodeterminación y bajo condiciones que no afecten su dignidad, por ende cuentan con “la facultad de escoger libremente y de forma autónoma su plan de vida por lo que es clave que las decisiones relativas a la construcción personal no se queden exclusivamente en el ámbito interno de la persona, sino que puedan ser exteriorizadas y manifestadas de manera pública sin que haya represiones por parte del entorno social. Bajo el marco de lo anteriormente expuesto, resulta fundamental resaltar que la materialización efectiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad necesariamente incluye la protección de diferentes formas de expresión y exteriorización de la identidad propia. Esto abarca una serie de actos que van desde la elección de determinada vestimenta hasta la realización de modificaciones corporales de carácter permanente”[19].

Refirió que a través de la manera de vestir, el uso de maquillaje o determinados aditamentos, las personas trans como el accionante reafirman ante sí y ante los demás su identidad de género, frente a lo cual citó el precedente jurisprudencial correspondiente, del cual derivó que el test de proporcionalidad sería la única forma para limitar el goce de la

libertad en el desarrollo de la personalidad. Afirmó que “se tiene que la Caja de Compensación de Compensar le ha negado al accionante el uso del uniforme propio del género masculino, aduciendo que busca evadir el código de vestimenta interna de la compañía y ‘alterar la imagen institucional de la entidad’. Esta limitante no obedece a un fin constitucional superior, de hecho, en múltiples ocasiones la Corte ha entendido que no cualquier objetivo o política interna de una institución representa fines constitucionales que justifiquen la imposición de determinada vestimenta, por lo que la protección de la imagen de la organización que busca salvaguardar la Caja de Compensación no pasa siquiera el primer paso del test estricto de proporcionalidad exigido”[20].

Finalmente, manifestó que “el derecho a la igualdad solamente se puede materializar a través de un trato diferenciado que ponga en igualdad de condiciones a la persona que está siendo discriminada. En el caso de JAR, otorgarle el uniforme del género con el que se identifica representa una medida especial para garantizar el disfrute de sus derechos fundamentales, garantizando, además, su goce en las mismas condiciones que ostentan las demás personas que trabajan en la Caja de Compensación Compensar y quienes se les permite utilizar el uniforme acorde a su identidad de género”[22].

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela mencionados, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Planteamiento del problema jurídico

2. Conforme lo expuesto, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si ¿un empleador vulnera los derechos a la identidad de género, la dignidad humana, la personalidad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad de un trabajador, al obligarlo a utilizar el uniforme asignado al personal femenino y negarse a brindarle un trato acorde con su identidad como hombre transgénero, con fundamento en que su documento de identidad registra el “sexo femenino”

Para resolver el problema jurídico planteado la Corte analizará: i) la protección de la identidad de género a la luz de la jurisprudencia constitucional; ii) la carencia actual de objeto por hecho superado; y iii) el caso concreto.

La protección de la identidad de género a la luz de la jurisprudencia constitucional

3. La dignidad humana es un principio absoluto del Estado de arraigo constitucional que ha sido conceptualizado por la jurisprudencia a saber:

“ i) la dignidad humana comprendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; ii) la dignidad humana entendida como el conjunto de ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y iii) la dignidad humana vista como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación.”[23]

El papel preponderante de la dignidad humana en el régimen constitucional vigente, se sustenta en su condición de derecho fundante del Estado[24] y pilar esencial para lograr la efectividad de los demás derechos incorporados en la Carta[25], a partir del cual se acepta “a cada individuo como es, con sus rasgos característicos y diferencias específicas, en tanto ‘esa individualidad es la que distingue cada sujeto de la especie humana’[26]”[27]. Según la jurisprudencia, el núcleo esencial de este derecho exige que el individuo sea tratado acorde con su condición y además supone que “el Estado, dentro de sus fines esenciales, debe preservar la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar”[28].

Al tiempo, se encuentra el derecho al libre desarrollo de la personalidad que en palabras de esta Corporación se concreta “en el hecho consciente que tiene cada individuo para determinarse ante las opciones que ofrece la vida tanto en lo privado como en lo público, y en consecuencia, a diseñar autónomamente el plan como ser humano que pretende asumir dentro de la sociedad”[29]. Con ello se refleja la autonomía individual, la independencia del individuo respecto de sus semejantes y la posibilidad de escoger su plan de vida sin injerencias, lo cual “implica la imposibilidad de exigir determinados modelos de personalidad admisibles frente a otros que se consideran inaceptables o impropios”[30].

4. En este espectro, nace el derecho a tener una identidad de género que se ha conceptualizado como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”[31], con base en las definiciones adoptadas por Naciones Unidas[32], la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[33] e incluso los principios de Yogyakarta[34].

Esta figura comprende algunas variantes entre ellas el transgenerismo que consiste en “la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. Existe un cierto consenso para referirse o autoreferirse a las personas transgénero, como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o persona trans o trans, cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización binaria masculino-femenino. El transgenerismo se refiere exclusivamente a la identidad de género del individuo y no a su orientación sexual que por lo tanto puede ser heterosexual, homosexual o bisexual”[35].

5. Este grupo poblacional ha sido reconocido como el sector LGBTI que ha padecido mayor discriminación y exclusión social[36] y, por ende, requieren mayor atención por parte del Estado. En la sentencia T-804 de 2014 se indicó sobre el particular:

“Las personas transgeneristas, según fue mencionado, hacen parte de un grupo sometido a un ‘patrón de valoración cultural que tiende a menospreciarlo’, sujeto de mayores exclusiones sociales de las que sufren los demás pertenecientes a la población LGBTI, y por lo mismo, merecen una mayor protección por parte del Estado. Precisamente, estas personas expresan su identidad de género de una forma que supone una mayor manifestación hacia la sociedad, generalmente a través de transformaciones físicas, lo que ha generado que se encuentren mayormente expuestos a prejuicios sociales y actos discriminatorios.

Bajo esa premisa, considera este Tribunal que los jueces de tutela deben ser especialmente cuidadosos en el análisis de esta clase de asuntos y propender por proteger, en mayor medida, al menos fuerte en la relación o a quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Ahora bien, como se ha expuesto en otras decisiones, lo anterior es una tendencia que no puede llevar a la premisa de que toda medida restrictiva, resulte per se irremediablemente segregativa o sospechosa. Por el contrario, lo que quiere significar esta Corporación, es que debe recordarse cuantas veces sea necesario a los particulares, a las autoridades y a la comunidad en general, que no son admisibles, por ningún motivo, aquellos tratos discriminatorios en contra de cualquier persona por su orientación sexual o identidad de género diversa.”

De ahí que la labor del juez constitucional adquiere mayor trascendencia ante la evidente discriminación histórica que ha sufrido este grupo poblacional, de manera que en el análisis de los elementos de juicio allegados al proceso se debe tener un especial cuidado con las relaciones de poder y los criterios sospechosos de discriminación que, aunque no en todos los casos, pueden ser indicativos de la afrenta de los derechos del peticionario.

6. Ahora bien, esta Colegiatura ha avanzado en la concepción de los derechos relacionados con el género como se estableció en la sentencia T-363 de 2016, a saber: “el Tribunal pasó de una visión restringida e indivisible de la identidad de género y la orientación sexual como conceptos objetivos asociados a la naturaleza física de las personas, a verlos como categorías constitucionales separadas que deben ser protegidas. Esta perspectiva es asegurada por las garantías de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en temas como la protección contra la discriminación, la identidad civil, el acceso a los servicios de salud necesarios para el tránsito de género y la inexigibilidad de la libreta militar para las mujeres trans”.

Así, en materia de procedencia de la acción constitucional para el reclamo de estas garantías, en sentencia T-476 de 2014 se consideró:

“Bajo los anteriores parámetros la Sala considera que la solicitud de la tutela constituye un mecanismo expedito para la protección efectiva de las garantías fundamentales, no solo de la accionante sino también sobre toda la población transgénero, la cual requiere medidas especiales de protección frente a la exclusión social derivada de la imposibilidad de

vincularse a actividades productivas formales y con el fin de proveer condiciones de vida digna. En este sentido, la acción de tutela se erige como un mecanismo idóneo y eficaz para garantizar los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo y a la vida en condiciones dignas, con el fin de lograr la inclusión social y el fortalecimiento de vínculos de respeto (sic), tolerancia y reconocimiento de las personas de los sectores LGBT, en atención al deber que le asiste al Estado como garante de los derechos humanos”

De tal manera, en la sentencia T-562 de 2013, la Corte abordó la acción de tutela presentada por una mujer trans que tuvo que abandonar sus estudios pues el establecimiento educativo no le permitió vestirse de acuerdo con su identidad de género. Al resolver el caso, se afirmó que la imposición de uniformes determinados para cada sexo pretendía finalidades loables pero no imperiosas como la disciplina y el orden, al tiempo que era legítima al no estar prohibida en el texto superior. Sin perjuicio de lo anterior, en aras de alcanzar tales objetivos el colegio conculcó el acceso a la educación de la actora y el derecho al libre desarrollo de su personalidad al imponerle una vestimenta diferente a la que correspondía a su identidad de género.

Posteriormente, en sentencia T-804 de 2014, este Tribunal conoció la petición de amparo impetrada por una estudiante transgénero a quien se le impedía usar el uniforme acorde con su identidad. Al decidir el asunto, la Sala puso de presente varias situaciones que a su juicio eran indicativas de la discriminación de la que fue objeto la accionante, considerando que “todas estas dudas sobre las actitudes, tratos y conductas de los miembros de la institución hacia la accionante, llevan a la Sala a velar por la protección de sus derechos fundamentales, en aras de garantizarlos a la parte más débil de la relación y a quien se le dificulta en mayor medida probar las actuaciones de las directivas del plantel accionado. Es decir, aunque en esta ocasión no se encuentra demostrado de manera contundente que el colegio haya realizado conductas discriminatorias y por lo tanto, que haya vulnerado los derechos invocados, dado que ello no se deriva de manera suficiente del acervo probatorio, la condición de vulnerabilidad de la accionante conduce a la Sala a protegerlos, como medida preventiva”.

En la sentencia T-141 de 2015, analizó el caso de “un joven afrodescendiente, trans y homosexual” a quien se le censuró la exteriorización de su identidad sexual y de género en

el ámbito educativo. En esa oportunidad, la Corte destacó que “una prohibición de restricción, según la cual toda medida que tienda a coartar o limitar la manera en que las personas transgénero construyen o expresan su identidad está sometida a una especial carga de justificación, a través de la aplicación de un test estricto de proporcionalidad; pero además impone deberes positivos de adoptar medidas que fomenten la libre expresión de las identidades trans en los ámbitos académicos, laborales, gubernamentales, culturales y, en general, en todos los espacios de la vida social, para así transformar los patrones de menosprecio y violencia física y simbólica que han operado en contra de las personas trans, así como la tendencia a confinarles a espacios reducidos y marginales, más allá de los cuales no pueden aventurarse si quieren ser y vivir conforme a su identidad de género.”

Adicionalmente, esta providencia amplió el espectro de la protección del ámbito académico, al laboral, gubernamental, cultural y en general a toda la vida social, en los siguientes términos:

“Ante la persistencia de patrones culturales que tienden a descalificar – como “anormales” o “indecorosas” – y a reprimir, incluso brutalmente, la expresión de aquellas maneras de ser que desafían la lógica binaria con la que tiende a emplearse el género como principio de clasificación social, se impone conferir especial protección constitucional a las decisiones a través de las cuales las personas transgénero afirman ante sí y ante los demás su propia identidad. Ello en atención al mandato constitucional que ordena promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados (art. 13 CP.). Lo anterior implica, de un lado, una prohibición de restricción, según la cual toda medida que tienda a coartar o limitar la manera en que las personas transgénero construyen o expresan su identidad está sometida a una especial carga de justificación, a través de la aplicación de un test estricto de proporcionalidad; pero además impone deberes positivos de adoptar medidas que fomenten la libre expresión de las identidades trans en los ámbitos académicos, laborales, gubernamentales, culturales y, en general, en todos los espacios de la vida social, para así transformar los patrones de menosprecio y violencia física y simbólica que han operado en contra de las personas trans, así como la tendencia a confinarles a espacios reducidos y marginales, más allá de los cuales no pueden aventurarse si quieren ser y vivir conforme a su identidad de género.[37]” (negrilla fuera de texto original).

Por su parte, en la sentencia T-363 de 2016 se estudió la situación de un estudiante trans de un programa de educación superior a quien no se le autorizó el uso del uniforme masculino el cual consideraba acorde con su identidad de género. Al respecto, este Tribunal coligió que “el deber de justificación de las medidas restrictivas se desatendió por el establecimiento accionado, pues las limitaciones que le impuso al actor frente al uso del uniforme que se ajusta a su identidad de género y la decisión de no brindarle un trato acorde con su individualidad, se fundaron exclusivamente en una identificación entre la identidad de género y la identidad legal. Esta asociación da cuenta de la razón de la actuación (que contraría la jurisprudencia constitucional referida en los fundamentos jurídicos 24 a 28 de esta sentencia), pero no constituye una justificación de la medida que se ajuste a la Carta Política. (...) [L]as actuaciones del (...) [accionado], además de evidenciar desinterés por el respeto del libre desarrollo de la personalidad del promotor de esta acción constitucional, dieron cuenta de una indiferencia generalizada respecto a las dimensiones del artículo 16 Superior y al alcance de la cláusula general de igualdad, particularmente sobre la especial protección que merecen las decisiones individuales relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género”.

En atención a lo expuesto, se colige que esta Corporación ha recocado la procedencia de la acción de amparo tratándose del derecho a la identidad de género, al constituirse en el medio idóneo y eficaz para lograr la protección efectiva de este grupo poblacional. En la misma medida, ha amparado decididamente los derechos de las personas trans que han reclamado la protección de su derecho a la identidad materializado en la posibilidad de vestirse, en un ámbito como el académico, laboral y cultural conforme a su propia determinación.

Sobre la carencia actual de objeto por hecho superado[38]

7. El constituyente de 1991 estatuyó la acción de tutela como el mecanismo idóneo y adecuado para reclamar el amparo de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por autoridades públicas o particulares; de tal forma, el ciudadano puede acudir a la administración de justicia en busca de la protección efectiva de sus derechos, frente a lo cual corresponde al juez constitucional impartir una orden dirigida a conjurar la trasgresión o que cese la prolongación de sus efectos en el tiempo[39].

Sin embargo, en caso de que el juez de tutela advierta que las situaciones que dieron lugar a la petición de amparo han desaparecido al momento de decidir, se configura el fenómeno denominado carencia actual de objeto, el cual puede presentarse por hecho superado, daño consumado o hecho sobreviniente.

8. En el primero de estos eventos – hecho superado – los fundamentos de hecho que originaron la violación del derecho desaparecen, por lo cual se hace inocuo el pronunciamiento del juez constitucional. En esa medida, “el objeto jurídico de la acción de tutela, cesa, desaparece o se supera por causa de la reparación del derecho vulnerado o amenazado, impidiendo que el juez de tutela entre a emitir una orden respecto de la situación fáctica que impulsó la interposición de la acción de tutela”[40].

En efecto, este Tribunal ha considerado que ante tal situación no se debe declarar la improcedencia de la acción, como quiera que la Corte puede examinar el asunto a fin de determinar la efectiva ocurrencia de la vulneración de los derechos, con fundamento en la función de pedagogía constitucional que lleva inmersa toda sentencia de tutela. De esa forma, se ha considerado que el estudio de fondo debe adelantarse “sobre todo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado”[41].

En todo caso, al proceder con dicho análisis, no se deben impartir órdenes concretas para la solución del mismo atendiendo que serían ineficaces ya que durante el trámite de la acción constitucional se conjuró materialmente la amenaza o infracción de las garantías superiores del actor, sin perjuicio de lo cual puede revocarse la decisión de instancia[42].

9. En suma, esta Corporación ha reiterado que a pesar de la constatación de la carencia actual de objeto el juez no se encuentra eximido de realizar el análisis de fondo del asunto, pues debe verificar si hubo infracción de los derechos fundamentales y, si en efecto, ocurrió el fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto, pudiendo revocar la decisión que así lo

declara (cuando se evidencie que la vulneración persiste) o incluso para prevenir a la autoridad o particular que infringió las garantías superiores a fin de que en el futuro no se repita.

Caso concreto

10. JAR, quien se reconoce como hombre pese a que su sexo es femenino, presentó acción de tutela en contra de la Caja de Compensación Compensar para la cual labora desde el año 2015, al considerar vulnerados sus derechos a la identidad de género, la dignidad humana, la personalidad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad.

Manifestó que se desempeñaba como cotizador comercial desde el 1º de marzo de 2017 y que para adelantar sus funciones debía utilizar cotidianamente un sastre de lino diseñado para mujer, con el cual se sentía intranquilo ya que resaltaba sus rasgos corporales aún femeninos. En consecuencia, solicitó a su empleador que le autorizara usar el uniforme para mujeres con pantalón de hombre u otra opción que no atentara contra su identidad de género. Dicha petición fue denegada por el accionado debido a que su documento de identidad lo registraba como una persona perteneciente al género femenino, aunado a que darle un trato desigual podría generar inconformidades en sus compañeros.

Por consiguiente, solicitó el amparo de sus derechos y que, en consecuencia, se ordenara a Compensar autorizar la variación del uniforme mientras dura el tratamiento de reasignación sexual, para que una vez finiquitado se le permita el uso de las prendas correspondientes al género masculino, aunado a que lo trasladen a otra sede donde no se conozca este tránsito y pueda ejercer de manera libre su identidad de sexual.

El juez de primera instancia negó la protección solicitada pues a su juicio el actor aceptó libre y voluntariamente las condiciones para acceder al cargo de cotizador comercial dentro de los cuales incluye el hecho del uso del uniforme. Agregó que la empresa le autorizó el uso de uniformes para hombres y que bajo tal escenario se encuentran salvaguardados sus derechos. En segunda instancia se confirmó la anterior decisión atendiendo que no se evidenció discriminación alguna ya que no toda limitación tiene dicha connotación y puede hacerse en ejercicio de la iniciativa privada.

11. Procedencia. La acción de tutela en el presente caso es el mecanismo judicial

procedente comoquiera que se debate la presunta vulneración de derechos fundamentales a la identidad de género, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana del actor, frente a lo cual esta Corporación ha considerado que este constituye el medio de defensa idóneo y eficaz para obtener la protección pretendida[43], máxime si se tiene en cuenta que el demandante hace parte de un sector de la sociedad discriminado por su tener una identidad de género diversa.

Igualmente, la Sala evidencia que la acción de tutela fue presentada el 21 de junio de 2017, habiendo transcurrido menos de dos meses desde que el accionante solicitó a Compensar la autorización para variar su uniforme -19 de mayo de 2017- y la respuesta negativa de la entidad. Por tanto, el requisito de inmediatez se encuentra cumplido.

Además, se advierte que en este caso quien formuló la acción constitucional es el trabajador afectado con la decisión del empleador, con lo cual se observa acatado el presupuesto de legitimación en la causa por activa. En igual medida, la institución contra quien se dirigió la solicitud de amparo está legitimada en la causa por pasiva, debido a que corresponde a la empresa en la que el actor presta sus servicios y en la que se ha ocasionado la vulneración por él aducida.

12. Ahora bien, revisadas las pruebas que obran en el expediente, en primer lugar se logró establecer que al accionante se le hizo entrega del uniforme asignado al género masculino desde el 7 de julio del año anterior como consta en la certificación expedida por Compensar[44], en el documento con firma de recibido del actor[45] y en el acta de reuniones allegada en la que él reconoce haber recibido la dotación respectiva[46], que fueron aportados al presente asunto.

Aunado a ello, se pudo constatar que en reunión sostenida el 20 de febrero de la presente anualidad[47], por el accionante y representantes de Compensar se acordó que el uso incompleto de tal vestimenta gradualmente hasta tanto JAR se sienta preparado para hacerlo, momento en el cual utilizará el uniforme asignado al género masculino en su integridad. Con ello, según lo plasmado en el referido documento, el demandante “manifiesta que el relacionamiento con equipo es adecuado, se siente cómodo, respetado / aceptado, lo que le permite fluir”.

En segundo lugar, en relación con la petición de traslado se evidenció que el solicitante fue

trasladado a otra sucursal de la institución accionada debido a que se presentó y aprobó el proceso de selección para el cargo de asesor de deportes[48], el pasado 12 de febrero.

Así las cosas, esta Corporación advierte que los hechos que propiciaron los requerimientos del actor, es decir, la prohibición del uso de pantalón masculino en el uniforme y la reasignación del lugar de trabajo para que el actor pueda surtir su proceso de ratificación de la identidad de género sin que sus compañeros conozcan dicho tránsito, se encuentran conjurada, toda vez que se le hizo entrega de los vestidos de labor determinados para los hombres y se permitió el uso gradual de conformidad con su preferencia, al tiempo que se efectuó el cambio de sede en la cual JAR presta sus servicios; de tal forma, la situación que originó la presunta vulneración o amenaza de los derechos invocados ha sido superada.

Por ende, como la eventual orden a impartir resultaría inocua y la acción de tutela deja de ser el instrumento idóneo ante la inexistencia de un objeto jurídico sobre el cual proveer, la Sala declarará la ocurrencia del fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado frente a la solicitud de amparo de los derechos fundamentales de JAR, revocando así los fallos de primera y segunda instancia.

13. Lo anterior no obsta para que se realicen algunas consideraciones respecto de la posible afectación de los derechos del trabajador con ocasión de las actuaciones desplegadas.

En el presente caso, Compensar en calidad de empleador del accionante, adujo que el accionante debía utilizar uniforme de sastre diseñado para mujer como quiera que ese es el sexo con el que se registra en su documento de identificación, aunado a que esta situación fue conocida y aceptada voluntariamente al momento de presentarse al proceso de selección para el cargo de cotizador comercial. Así, el accionado consideró que ello no afecta la política corporativa y de imagen organizacional, lo que a su juicio constituye un abuso del derecho, máxime teniendo en cuenta que el uniforme es totalmente discreto y no resalta el cuerpo de JAR.

Sobre el particular, advierte la Sala que no existe una justificación para que el empleador obligue a un trabajador a usar una vestimenta contraria al género con el que realmente se identifica así no coincida con su sexo biológico. De tal forma, el uso del uniforme no es un hecho aislado en la relación laboral sino que materializa el ejercicio de otros derechos, pues

como lo ha reconocido esta Corporación “la indumentaria y demás aspectos relacionados con la apariencia física construyen la imagen que expresa la propia identidad, razón por la que esas manifestaciones están protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad”[49].

De ahí que la decisión del accionado inicialmente vulneró los derechos del accionante en tanto le impidió expresar libremente su identidad de género en el ámbito laboral y, al abocarla a usar imperativamente el uniforme femenino, ocasionó un trato discriminatorio y humillante hacia el trabajador trans que tenía derecho a ser tratado conforme su propio reconocimiento y no de acuerdo al sexo asignado al momento de su nacimiento.

Como lo ha planteado la jurisprudencia constitucional, restringir el desarrollo del individuo de conformidad con su propia identidad y, por ende, “la trascendencia social de una persona trans[,] implicaría un entendimiento abiertamente contrario a los postulados constitucionales, pues traduce en ‘una inferencia automática de que tal condición o sus conductas, son contrarias de por sí a la sociedad, o atentatorias de los intereses colectivos (...) especialmente lesivo de los intereses constitucionales que pretenden reiteradamente asegurar el pluralismo y garantizar la tolerancia social respecto a las diferentes manifestaciones de identidad personal’[50]”[51].

En efecto, acorde con la jurisprudencia constitucional el derecho a la identidad de género debe ser garantizado en todos los campos de acción del ser humano, de forma que no supone solo el respeto por la elección y determinación del individuo en su entorno íntimo o privado, sino también en su interrelacionamiento con la sociedad, bien sea en el ámbito educativo[52] o laboral. Lo anterior con fundamento en que la protección derivada del Estado debe garantizar que la persona se identifique con su género, al tiempo que pueda expresarlo libremente ante sus congéneres. Sobre este punto, la Corte en sentencia T-363 de 2016 manifestó que “el Estado y los particulares tienen el deber de abstenerse de concebir normas, diseñar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas, o adoptar decisiones e interpretaciones del Derecho, que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginación o discriminación de grupos tradicionalmente desprotegidos en la sociedad”.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “la identidad de género no

guarda una relación necesaria con el nombre legal, ni con los documentos que reflejan dicho nombre, sino que son las personas quienes establecen su identidad a través de los elementos y acciones que estimen pertinentes y suficientes para ese propósito. En consecuencia, un trato digno debe atender al auto-reconocimiento de los sujetos”[53].

Ello en consonancia con lo afirmado por el Programa PAIS de la Universidad de los Andes impidió el desarrollo de su proyecto de vida en el ámbito laboral en condiciones dignas[54].

Coincide la Corte con el interviniente en que el sometimiento constante a trabajar en condiciones humillantes e indignas tiene un fuerte impacto en la emocionalidad del accionante, afectando su calidad de vida y su desarrollo profesional.

Bajo tal contexto, un empleador no puede anteponer argumentos formalistas como el “sexo” registrado en el documento de identidad de un trabajador, para impedir que este se desarrolle acorde con “la vivencia interna e individual del género tal como (...) [la] persona la experimenta profundamente”[55], así el mismo no coincida con su sexo biológico. Ello supone una grave transgresión a los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana del empleado, aunado a que se puede calificar como un criterio sospechoso de discriminación que puede tener la potencialidad de conculcar su derecho a la igualdad.

14. De conformidad con lo expuesto, este Tribunal considera necesario prevenir al accionado para que, en lo sucesivo, se abstenga de llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la garantía del derecho fundamental a la identidad de género de los trabajadores de dicha institución, en atención a lo consagrado por la jurisprudencia constitucional y lo señalado en la presente providencia. Para tal efecto, deberá realizar las adecuaciones correspondientes en sus manuales internos y deberá crear un procedimiento a seguir en casos similares al presente asunto.

15. Finalmente, la Sala aclara que en el presente asunto se garantizó la reserva de identidad del accionante y se verificó que el empleador igualmente cumplió con dicha obligación, como se deriva de los documentos aportados al expediente y, en especial, del acta de la reunión de 20 de febrero de 2018[56].

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida 31 de agosto de 2017 por el Juzgado 40 Penal del Circuito con Función de Conocimiento que confirmó el fallo de 8 de julio del mismo año expedido por el Juzgado 9º Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá, dentro de la acción de tutela presentada por JAR contra la Caja de Compensación Compensar y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- PREVENIR a la Caja de Compensación Compensar para que, en lo sucesivo, se abstenga de llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la garantía del derecho fundamental a la identidad de género de los trabajadores de dicha institución, en atención a lo consagrado por la jurisprudencia constitucional y lo señalado en la presente providencia.

Tercero.- ORDENAR a la Caja de Compensación Compensar que, en un término máximo de un (01) mes contado a partir de la notificación de esta providencia, realice las adecuaciones correspondientes a sus manuales internos y cree un procedimiento a seguir en aras de garantizar el derecho a la identidad de género de los trabajadores de esa organización.

Cuarto.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-143/18

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA PROTECCION DE LA IDENTIDAD DE GENERO-Orden resulta contradictoria, como quiera que supone una medida de amparo frente a una situación de afectación de derechos fundamentales ya superada (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente T-6.496.929

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

En atención a la sentencia proferida por la Sala Octava de Revisión el 23 de abril de 2018 en el expediente de la referencia, presento Salvamento Parcial de Voto, en relación con la el resolutivo tercero del fallo en mención, en el cual se ordena a la Caja de Compensación Compensar, que en un término de diez (10) días realice las adecuaciones a los “manuales internos y cree un procedimiento a seguir en aras de garantizar el derecho a la identidad de género de los trabajadores de esa organización”.

El fundamento de mi desacuerdo radica fundamentalmente en que dicha orden no cuenta con la justificación necesaria dentro de la providencia, en tanto justamente el resolutivo primero de la sentencia declaró la carencia actual de objeto. De allí que la orden de la cual me aparto resulta contradictoria, como quiera que supone una medida de amparo frente a una situación de afectación de derechos fundamentales ya superada. Con una finalidad

meramente preventiva, bastaba entonces con la advertencia formulada en el resolutivo segundo de la sentencia.

Respetuosamente,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] La reserva de identidad del accionante se ordenó desde el auto de 23 de junio de 2017 por medio del cual el Juzgado 9º Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá avocó conocimiento de la acción de la referencia, refiriendo exclusivamente las iniciales de su nombre jurídico LLAR. Sin embargo, atendiendo a que cuenta con un nombre identitario, en adelante la Corte se referirá al accionante con las iniciales de aquel, esto es, JAR. El nombre identitario se usa en esta providencia de conformidad con lo consagrado en la sentencia T-363 de 2016.

[3] Cuaderno 1, folio 20.

[4] Cuaderno 1, folio 21.

[5] Sobre el particular, adujo la existencia de medios ordinarios previstos en la ley para ello, como lo han señalado las sentencias T-036 de 1993, T-045 de 1993, T-204 de 1994 y la T-087 de 1996.

[6] Cuaderno 1, folio 61.

[7] Cuaderno 1, folio 72.

[8] Cuaderno 2, folio 10.

[9] “Primero: SOLICITAR al accionante JAR que, dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de este auto, se responda los siguientes interrogantes acompañando los soportes a que haya lugar: i) ¿Su empleador ha cumplido con el compromiso adquirido en la reunión del 25 de julio de 2017, concerniente a permitirle el uso del uniforme masculino asignado para el cargo de cotizador comercial? || ii) ¿Desde qué fecha se le autorizó portar el uniforme masculino referido anteriormente? || iii) ¿En qué fecha le fueron entregadas las

prendas de dotación correspondientes a dicho uniforme? || iv) ¿Con posterioridad a la presentación de la acción de tutela, el empleador ha realizado alguna manifestación en relación con su petición de traslado de sede?

[10] Cuaderno principal, folios 29 a 44.

[11] Como consta a folio 33 del cuaderno principal.

[12] Corroborado en constancia que obra a folio 42, cuaderno principal.

[13] Cuaderno principal, folio 44.

[14] Cuaderno principal, folio 37.

[15] Cuaderno principal, folio 36.

[16] Cuaderno principal, folios 50 a 53.

[17] Cuaderno principal, 83 a 97

[18] Este término será utilizado en la presente providencia con fundamento en el concepto adoptado en el documento de Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos, suscrito Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-, 20 de noviembre de 2013, referido en el fundamento jurídico N° 4 de esta sentencia.

[19] Cuaderno principal, folio 87.

[20] Cuaderno principal, folio 89.

[21] Cuaderno principal, folio 92.

[22] Cuaderno principal, folio 96.

[24] Sentencia C-131 de 2014

[25] Sentencias T-401 de 1992, T-611 de 2013, T-804 de 2014, entre otras.

[26] Ídem.

[27] Sentencia T-804 de 2014.

[28] Sentencia T-611 de 2013.

[29] Sentencia T-314 de 2011.

[30] Sentencia T-789 de 2013.

[31] Sentencia T-804 de 2014, reiterada en la sentencia T-099 de 2015.

[32] Documento “Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos” suscrito por la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-. Citado en la sentencia T-804 de 2014.

[33] Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012. Citado en la sentencia T-804 de 2014.

[34] Cfr. Concepto de transgénero derivado de los Principios de Yogyakarta citado en la sentencia T-099 de 2015, fundamento jurídico 38.

[35] Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos. Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-, 20 de noviembre de 2013. Pág. 3. Citado en la sentencia T-804 de 2014.

[36] Sentencia T-314 de 2011

[37] En tal sentido se ha destacado el efecto positivo que ha tenido la creciente aparición de actores trans en series televisivas y otros productos culturales que aproximan al gran público a las experiencias vitales, las dificultades y discriminación que padecen las personas trans, generando de este modo lazos de empatía que ayudan a transformar patrones negativos de valoración. Al respecto es ilustrativo el trabajo de Carolina Vegas, “Género discontinuo”, Arcadia, 113, 2015, p.p. 28-29.

[38] Se reitera el acápite que sobre la materia contiene la Sentencia T-709 de 2017.

[39] Sentencias T-052 de 2011, T-725 de 2012, entre otras.

[40] Sentencias T-663 de 2010, T-052 de 2011, T-047 de 2016.

[41] Sentencias T-170 de 2009, T-467 de 2013, T-376 de 2015.

[42] Sentencias T-085 de 2011, T-536 de 2013, T-523 de 2016.

[43] Cfr. Fundamento jurídico N° 6 de esta providencia.

[44] Cuaderno principal, folio 44.

[45] Cuaderno principal, folio 37.

[46] Cuaderno principal, folio 36.

[47] Ibídem.

[48] Como consta a folio 33 del cuaderno principal.

[49] Sentencia T-363 de 2016.

[50] Sentencia T-268/00.

[51] Sentencia T-675 de 2017.

[52] En sentencia T-363 de 2016 se determinó: “Del mandato 13 Superior se desprenden deberes positivos de adoptar medidas que fomenten la libre expresión de las identidades trans en todos los ámbitos, incluido el educativo, y una prohibición de restricción, de acuerdo con la cual las medidas que limiten las manifestaciones de la identidad de género están sometidas a una especial carga de justificación”.

[53] Sentencia T-363 de 2016.

[55] Cfr. Fundamento jurídico N° 4 de esta providencia.

[56] *Ibíd.*