

Sentencia T-314 de 2011

Sentencia T-314/11

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES QUE ORGANIZAN EVENTOS-Negativa de ingreso a un establecimiento o evento abierto al público

En lo concerniente al caso sometido a revisión se advierte que la accionante alega que al ingresar a dos eventos abiertos al público en las residencias del Hotel Tequendama por parte de los empresarios accionados, fue discriminada debido a su identidad de género como persona trans. Sobre la base de lo expuesto, es posible afirmar que la negativa de ingreso a un establecimiento o evento abierto al público por parte de la persona que lo administra o de alguno de sus empleados, frente una persona que alega ser discriminada por su identidad de género perteneciente a la comunidad LGBTI, sitúa la problemática en el escenario de la indefensión. Lo anterior porque para solicitar el ingreso a un escenario abierto al público como lo es una fiesta electrónica no se vislumbran mecanismos de defensa alternativos y eficaces, motivo por el que es procedente la acción de tutela para estudiar la posible vulneración de derechos fundamentales.

DOCTRINA DEL HECHO O DAÑO CONSUMADO Y CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Reiteración de jurisprudencia

En la Sentencia SU-667/98, indicó que la improcedencia de la acción de tutela conforme al numeral 4º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, se resume en la eliminación de toda posibilidad fáctica de restablecer los derechos quebrantados. La Corte, en esta decisión, reiteró que ante la vulneración de un derecho fundamental es necesario que el juez verifique la existencia del hecho o daño consumado a partir de la efectividad que la orden consignada en dicha acción pueda tener respecto del caso concreto. Al respecto, para el precedente de la Corte es claro que si los efectos del daño persisten y son susceptibles de ser interrumpidos, así deberá hacerlo el juez constitucional. Es indispensable reiterar que frente a una solicitud de amparo el juez de tutela debe establecer cuáles son los derechos fundamentales de los cuales se alega la vulneración para luego definir si los efectos del hecho dañoso persisten, si son susceptibles de ser interrumpidos o, mejor, si existe alguna

posibilidad fáctica de restablecer los derechos fundamentales quebrantados.

ACCION DE TUTELA Y CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO Y POR DAÑO CONSUMADO- Deben distinguirse

DERECHO A LA IGUALDAD Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Se transgrede con cualquier tipo de diferenciación arbitraria o caprichosa

La jurisprudencia ha señalado que trasgrede el derecho a la igualdad y libre desarrollo de la persona cualquier tipo de diferenciación arbitraria o caprichosa, ya sea en las normas o en al actuar de la administración o de los particulares lo cual explica que la Constitución claramente propugna por un mandato de no discriminación

PROHIBICION DE DISCRIMINACION Y CRITERIOS SOSPECHOSOS-Reiteración de jurisprudencia

Son variados los casos en que la jurisprudencia constitucional se ha referido al problema de la discriminación. La referida cláusula abierta del artículo 13 de la Constitución permite actualizar la protección de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos en que se pueden presentar sucesos discriminatorios dentro de los cuales no se pueden dejar de un lado que la edad, los ingresos, la clase social, el origen étnico o la apariencia exterior, entre otros, tienen la alta potencialidad de convertirse en factores sospechosos de discriminación . La ausencia de igualdad en caso de personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados conlleva a la anulación permanente de otros derechos en distintos rangos, que van desde la seguridad social integral, pasando a situaciones básicas como el acceso y la permanencia en el trabajo, la educación o en el aspecto recreativo el ingreso a eventos o establecimientos abiertos al público como discotecas, bares, restaurantes, centros comerciales, ferias y similares. Dicho lo anterior, la Corte encuentra necesario aclarar que en ejercicio de la iniciativa privada o en el ejercicio de potestades públicas se puede negar el ingreso a establecimientos o eventos abiertos al público, bajo el uso razonable y fundamentado del derecho de admisión y permanencia. Lo anterior, siempre y cuando la limitación no se efectuó bajo el uso de criterios sospechosos o en personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados. Por tanto, no toda limitación per se puede considerarse discriminatoria de derechos fundamentales. De allí, que incluso la edad pueda ser usado como un criterio restrictivo, el cual podría estimarse como sospechoso, dicha apreciación se

encuentra fundamentada y necesaria cuando se trata de impedir el ingreso de menores de edad a espectáculos abiertos al público para adultos, tales como bares, discotecas, salas de cine y obras de teatro con clasificación de contenidos por representaciones explícitas de sexo y violencia, etc.

REGLAS JURISPRUDENCIALES APLICABLES A TRATOS DISCRIMINATORIOS BASADOS EN CRITERIOS SOSPECHOSOS

Se pueden destacar como criterios sospechosos de discriminación los siguientes: – El sexo, la orientación sexual o la identidad de género; – La raza; – El origen nacional o familiar al igual que el étnico o de cualquier índole; – La lengua; – La religión; – La opinión política o filosófica; – La pigmentación o el color de la piel; – La condición social y/o económica; – La apariencia exterior; – La enfermedad, la discapacidad o la pérdida de la capacidad laboral. Ante la verificación de conductas o actos de diferenciación en los presupuestos anteriormente expuestos, el juez constitucional deberá contemplar en cada caso concreto que los criterios sospechosos son categorías que: (i) Se fundamentan en rasgos permanentes y connaturales de las personas, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad o libre desarrollo. (ii) Históricamente han sido sometidos, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlos y/o segregarlos. (iii) No constituyen, per se, razonamientos con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. (iv) Cuando se acude a ellas para establecer diferencias en el trato, salvo la existencia de una justificación objetiva y razonable se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad

PRUEBA DE ACTOS DISCRIMINATORIOS Y DEBER PROBATORIO DEL JUEZ EN MATERIA DE TUTELA/CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE DISCRIMINACION

Para la Sala no es ajeno que en muchas ocasiones los actos discriminatorios son de difícil o compleja prueba. En virtud de ello la jurisprudencia ha señalado que en casos de discriminación la carga de la prueba se traslada a la persona que pretende tratar de forma diferenciada a otra y no en quien alega la vulneración del derecho a la igualdad. Lo anterior encuentra sustento en la naturaleza misma del acto sospechoso y en la necesidad de proteger a las personas o colectividades señaladas anteriormente. Es claro que ante la

complicada pero no imposible prueba de los actos discriminatorios, es la persona de quien se alega la ejecución del acto discriminatorio la que debe desvirtuar la presunción de discriminación. Aunque lo anterior no riñe con que la persona afectada aporte las pruebas en el evento que pueda hacerlo. Así, el sujeto pasivo de la discriminación deberá demostrar (i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo. Es muy importante subrayar que el juez constitucional tiene la obligación de valorar con especial detenimiento el acervo probatorio que obra en el expediente para establecer si la tutela de los derechos es procedente como mecanismo para que la igualdad sea real y efectiva respecto de personas o grupos discriminados. En cumplimiento de tal propósito, al operador judicial le asiste la responsabilidad de dilucidar la existencia o no de la discriminación desplegando las herramientas posibles para ello, por supuesto dentro supuestos razonablemente posibles y en armonía con el ordenamiento jurídico.

JUEZ DE TUTELA Y PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD EN MATERIA PROBATORIA/JUEZ DE TUTELA Y ANALISIS DE MEDIOS PROBATORIOS ATENDIENDO A LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA

La jurisprudencia constitucional ha afirmado que en materia probatoria la autoridad judicial en sede de tutela se encuentra cobijada por las normas procesales generales, consagradas en el Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual, está obligada a fundamentar sus decisiones en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, así como a analizar los distintos medios probatorios en su conjunto y atendiendo a las reglas de la sana crítica. Es más, se ha reiterado que quien conoce la pretensión de amparo debe atender al principio de oficiosidad (Decreto 2591 de 1991, artículos 19, 21 y 32), conforme al cual puede y debe practicar aquellas pruebas que considere necesarias para acreditar los hechos sometidos a su conocimiento y en torno a los cuales gira el problema jurídico que le corresponde resolver

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN RELACION CON POBLACION LGTBI

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO COMO CRITERIOS SOSPECHOSOS DE DISCRIMINACION

POLITICAS PUBLICAS ORIENTADAS A ELIMINAR LAS CAUSAS QUE PROPICIAN O PERMITEN LA DISCRIMINACION DE LA POBLACION LGTBI EN COLOMBIA

SITUACION ESPECIFICA DE PERSONAS TRANSGENERO EN COLOMBIA

La Sala no encuentra acreditado que la negativa de ingreso a la accionante en los eventos llevados a cabo en las residencias del Hotel Tequendama, uno el día 25 de julio de 2009 y el otro el 04 de septiembre del mismo año, se haya debido a un criterio sospechoso para discriminarla por su identidad de género transgenerista, sino presumiblemente como una medida justificada dada la agresividad que al parecer espetó con el personal que verificaba el ingreso en aquellas ocasiones. Como sustento de que no se hizo uso de un criterio prohibido se allegaron fotografías en las que se señala que la accionante en época posterior a las referidas fechas, acudió a una fiesta en el piso 30 de las residencias del Hotel Tequendama en donde se indica la presencia de otras transgeneristas. Adicionalmente está sustentado que los arrendadores del piso 30 promueven la fiesta de la comunidad gay. Dicho lo anterior, si bien la Sala es consciente que es un hecho que la población transgénero es uno de los grupos que padecen mayor discriminación en el país, lo cual incluso se extiende a gais, lesbianas y bisexuales. La Sala debe aclarar que lo anterior es una tendencia, la cual no puede llevar a la premisa de que toda medida restrictiva como la de no ingreso a un establecimiento abierto al público por una actitud concreta de hostilidad en el presente caso, resulte irremediabilmente segregativa o sospechosa per se, ya que cualquier persona en circunstancias similares hubiese recibido el mismo trato, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Sobre la base de todo lo expuesto concluye la Sala que a pesar de que la Corte reconoce que una persona de identidad transgenerista pertenece a un grupo históricamente discriminado, ante la ausencia de oposición a las declaraciones aquí allegadas y ante la imposibilidad de recaudar los testimonios solicitados por la actora, no existe evidencia que permita establecer que a la señora Valeria Hernández Franco no le fue permitido el ingreso a los eventos por su identidad sexual y por ende no puede predicarse que dicha actuación se constituya en un acto discriminatorio por parte de los accionados.

Referencia: expediente T-2643229

Acción de tutela ejercida por Valeria Hernández Franco contra Olga María Chacón, Carlos

Dávila y la sociedad Hotelera Tequendama S.A.

Magistrado Ponente:

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Bogotá D. C., cuatro (4) de mayo dos mil once (2011)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá D.C, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Valeria Hernández Franco contra Olga María Chacón, Carlos Dávila y la sociedad Hotelera Tequendama S.A..

I. ANTECEDENTES

Valeria Hernández Franco interpuso acción de tutela en contra de las personas indicadas, ya que considera vulnerados sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad, ante la decisión de negarle el ingreso a unos eventos de música electrónica organizados por los demandados, presuntamente debido a su identidad transgenerista.

1. Hechos

1.1. Afirma que es una persona transgenerista quien goza de una especial protección por parte del Estado, pues es un hecho notorio la discriminación y vulnerabilidad constante de la población que comparte dicha condición.

1.2. Comenta que el 25 de julio de 2009, en el piso 30 del Hotel Tequendama de la ciudad de Bogotá, se realizó un evento de música electrónica al cual asistió con dos amigos, previa

adquisición de la boleta por el costo de \$40.000 pesos.

1.3. Especifica que al tratar de ingresar al evento la señorita que se encontraba sentada en la puerta del lugar le negó la entrada a la fiesta debido a su condición de travesti, y le informó que le serían reembolsados únicamente \$30.000 pesos por dos de las boletas que había adquirido en \$40.000 pesos cada una, razón por la que se rehusó a recibir el dinero ya que no consideraba justa la cantidad.

1.4. Sostiene que miembros de seguridad del evento, por orden del “jefe de seguridad” la iban a conducir al parqueadero, donde de acuerdo a lo que escuchó iba a ser golpeada, pero ello fue evitado gracias a la intervención de la Policía.

1.5. Agrega que de lo anterior comunicó a la Personería Delegada para los Derechos Humanos. Adicionalmente señala que por medio de escrito de petición solicitó al Hotel Tequendama la información pertinente respecto de los hechos descritos, a lo que se le informó que la responsable por el ingreso ese día era Olga María Chacón, organizadora del evento denominado “Rachael Starr”.

1.6. Del mismo modo, relata que el 04 de septiembre de 2009 asistió con Bladimir Lerma y Néstor Peláez, quien es transformista, al evento organizado por Carlos Dávila en el cual se presentaría “Yves la Rock” en el piso 30 del Hotel Tequendama, por lo que adquirió con sus amigos los brazaletes de ingreso en la taquilla.

No obstante, afirma que a pesar de obtener el derecho al ingreso mediante la compra de las boletas, les fue negada la entrada al evento por el personal de seguridad, el cual argumentó que debido a la condición de “travestis”, tanto Néstor Peláez y la accionante no podían ingresar. Afirma que:

“Acto seguido, nos presionaron a abandonar el sitio, a lo cual me puse algo molesta pero respetuosa, y solicité al personal de seguridad los nombres, negándose en su mayoría, y en consecuencia solo puedo aportar al juzgado el nombre de María Fernanda Rengifo y otros de los hombres portaba una chaqueta con un código N.1noraa110PSL.”

1.7. Por lo anterior, acudió nuevamente a la Personería de Bogotá donde solicitaron al Hotel Tequendama la versión de los hechos, petición que fue trasladada al señor Carlos Dávila en

calidad de organizador del segundo evento y quien a la fecha de interposición de la acción de tutela (28 de octubre de 2009) no había dado respuesta.

Sobre la base de lo expuesto, la actora solicita que se tutelen sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la honra y a la dignidad. Por consiguiente, solicita que se prevenga a los accionados en calidad de organizadores de eventos públicos, para que en el futuro se abstengan de impedir el ingreso de cualquier persona a esos establecimientos en razón de su tendencia sexual.

Así mismo, pide que se ordene a la Defensoría del Pueblo adelantar cursos sobre la promoción de los derechos humanos y que prevenga que en establecimientos de comercio no se incurran en prácticas de discriminación de cualquier tipo. Por último, solicita se condene en abstracto a las personas accionadas en virtud del daño moral que le ocasionaron.

1. Contestación de la Sociedad Hotelera Tequendama S.A

Por medio de apoderado judicial, la entidad referida especificó que es una sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Defensa Nacional y sometida al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado. Se opone a todas las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, puesto que se parte de la premisa que la sociedad hotelera actuó como organizador de los eventos públicos a los cuales se impidió el ingreso a la accionante.

Agrega que de forma oportuna la sociedad respondió los requerimientos de la actora por vía de escritos de petición, informándole que los responsables fueron los organizadores antedichos. En síntesis, solicita que la tutela sea rechazada por improcedente respecto de la Sociedad Hotelera Tequendama.

1. Contestación de Carlos Felipe Dávila

El señor Dávila se opone a los hechos presentados por la accionante Valeria Hernández

afirmando que la comunidad LGBT (Lesbianas, Gais, Bisexuales y Transgeneristas, en adelante LGBT) goza de especial protección por parte del Estado por ser un hecho notorio la discriminación y vulnerabilidad social que afronta, pero que no le consta que la actora sea de elección transgenerista.

En lo que corresponde al evento por él organizado el 04 de septiembre de 2009, es decir, la fiesta de Yves la Rock, que es cierto que la accionante adquirió el brazalete para entrar. No obstante, señala que la razón real por la que no pudo ingresar fue porque dada la importancia del disk-jockey que se presentaba esa noche, el evento se consideraba de gran magnitud, por lo que fue necesario adoptar estrictas medidas de seguridad y vigilancia que permitieran salvaguardar la tranquilidad de los presentes. De ese modo, explica que se dispuso un sitio para la venta de boletas y otro para ingreso en el que el personal especializado de seguridad verificaba a todas las personas que pretendían ingresar, la cual consistió en revisar el cumplimiento de todos los requerimientos legales y/o reglamentarios, a saber:

“que sean mayores de edad, que cuenten con la boleta del evento, que no se ingresen sustancias alucinógenas, armas, o cualquier otro elemento riesgoso para sí mismo o para los demás, y que no se encuentren en estados de alteración o bajo el efecto de sustancias que generen situaciones de peligro.”

Puntualiza que el día de los hechos se acumuló una amplia fila de personas, por lo que estando en el proceso de ingreso se procedió a revisar el grupo en que se encontraba la peticionaria. Una vez ahí, afirma que el personal de seguridad evidenció que la señora Hernández se encontraba en estado de alteración ya que desde que llegó presentó una actitud retadora y sumamente agresiva a la verificación a la que son sometidos todos los clientes.

Agrega que a la “señorita Hernández y a otro de sus acompañantes que se encontraban en igual estado de alteración mental, aparentemente bajo la influencia de alguna sustancia, se les indicó que en todo caso se les devolvería el dinero pagado por sus boletas. Esto la alteró más aún y aunque otro acompañante intentó calmarla, la señorita Hernández generó una serie de impropiedades contra el personal de seguridad y se negó a reclamar su dinero.”

Precisa que no es cierto que la accionante hubiera sido objeto de malos tratos y/o amenazas.

Además, porque ese día no se le negó el ingreso solo a ella, sino a toda persona que pudiese implicar algún riesgo para el evento, independientemente de la condición de género, raza, orientación sexual o edad.

De otra parte, manifiesta que conforme al Decreto 2591 de 1991 se configura un hecho consumado en el caso concreto. Sumado a ello, que la exclusión del ingreso de la accionante se efectuó bajo el ejercicio legítimo de un derecho y en cumplimiento del Código de Policía de Bogotá, el cual ordena establecer procedimientos de seguridad en este tipo de eventos.

En conclusión, estima que la negativa al ingreso no se debió a la orientación sexual de la accionante, sino al estado de alteración y conducta agresiva o peligrosa que presentaba, protegiéndola a ella y a los demás presentes de un posible enfrentamiento o problema.

1. Contestación de Olga María Chacón Jiménez

La referida empresaria contesta afirmando que es consciente y comparte el hecho de que la comunidad LGBT cuenta con una especial protección estatal y agrega que está enterada de algunos casos donde este grupo poblacional ha sido objeto de discriminación.

Afirma que el 25 de julio de 2009 alquiló el piso 30 de residencias Tequendama para el evento de la disc-jockey Rachael Starr. Sostiene que el ingreso se estaba realizando de forma tranquila hasta que la señora Valeria Hernández llegó a las instalaciones con actitud agresiva y descortés, ya que la entrada estaba algo congestionada y la fila un poco larga, quien no quiso respetar la fila y agredió a las personas de seguridad.

En virtud de la conducta anterior, el jefe de seguridad decidió reservarse el derecho de admisión de la señora Hernández y procedió a ofrecerle la entrega del dinero que había cancelado por la fiesta. Ante esta circunstancia, precisa que la accionante procedió a agredir física y verbalmente a una de sus empleadas, por lo que el personal de seguridad la sacó del lugar.

Afirma que durante los eventos que ella organice permitirá el ingreso de la accionante y de toda persona, siempre y cuando cumplan con los aspectos relativos a no estar en estado de embriaguez, o bajo el efecto de sustancias alucinógenas, no ser personas violentas o que

puedan representar una amenaza para la tranquilidad y seguridad de los asistentes. Así mismo, señala que continuará brindando información a sus empleados en relación con los prejuicios históricos que rodean a la comunidad LGBT.

5. Trámite procesal

El 12 de noviembre de 2009 el Juzgado 19 Civil Municipal de Bogotá D.C denegó el amparo solicitado. La accionante impugnó la sentencia referida y en segunda instancia el Juzgado 25 en providencia de 16 de diciembre de 2009, dispuso declarar la nulidad de todo lo actuado ante la ausencia de pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo y la Personería de Bogotá. Lo anterior porque a juicio del ad-quem la opinión de las entidades incide de manera directa en la situación sustancial respecto de la cual la querellante reclama la protección constitucional.

6. Intervención de la Personería de Bogotá

Enna Esmeralda Caro Gómez, en calidad de Coordinadora del Proyecto de Atención a Población Vulnerable, intervino en el presente proceso reiterando los hechos conforme a la denuncia presentada por Valeria Hernández en dicha dependencia.

Agrega que una vez se enteró de la situación procedió, por medio de derecho de petición, a solicitar a la Sociedad Hotelera Tequendama informe detallado sobre los hechos de la denuncia. Respuesta que ya fue relacionada en el acápite relativo a la contestación de la demanda.

Comenta que ante la ausencia de respuesta a la petición por parte del señor Carlos Dávila y ante la gravedad de la queja, procedió a asesorar a la peticionaria en la redacción de la presente acción de tutela. Anexó los soportes del recuento histórico relacionado.

7. Intervención de la Defensoría del Pueblo

La Coordinadora de la Unidad de Asesoría y Consulta de la Defensoría del Pueblo con sede en Bogotá presentó informe al juzgado de primera instancia especificando que una vez revisadas las bases de datos y sistemas de dicha entidad, no se encontraron registros ni

solicitudes radicadas por la peticionaria. Agregó que estaría atenta en relación con lo que el despacho decidiera.

I. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Sentencia de primera instancia

El 22 de enero de 2010 el Juzgado 19 Civil Municipal de Bogotá denegó el amparo solicitado. La juez realizó una breve referencia a la naturaleza de la acción de tutela. Posteriormente, reseñó la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la orientación sexual como criterio de discriminación. En lo referente al caso sometido a examen afirmó:

“No hay evidencia alguna que permita establecer que a la ciudadana VALERIA HERNANDEZ FRANCO no le fue permitido el ingreso a los eventos realizados en el Hotel TEQUENDAMA de esta ciudad los días 25 de julio y 04 de septiembre de 2009, en razón a su personalidad o su condición sexual, ni tampoco se advierte que sus libertades personales e individuales ni sus opciones vitales y creencias y presencias personales se hubiesen visto restringidas de alguna forma, pues ni siquiera del trámite seguido ante la Personería de Bogotá puede extraerse tal evidencia y, por ende no puede predicarse que la actuación descrita en la presente acción se constituya en un acto discriminatorio en su contra por parte de los accionados.”

Sobre la base de lo expuesto, concluyó que no se vulneraron los derechos constitucionales alegados por la accionante, por lo que negó el amparo solicitado.

Impugnación

El 02 de febrero de 2010 la accionante impugna la sentencia referida exponiendo que se debe aplicar la ratio decidendi de la Sentencia T-1090 de 2005, en la que se resolvió un caso similar de segregación de un grupo minoritario.

Adicionalmente, expone que se está afectando de forma grave y directa el interés colectivo. Del mismo modo argumenta que la acción es procedente por tratarse de la omisión de un particular que niega el ingreso a un establecimiento sobre la base de criterios sospechosos.

Estima que no se ha configurado un hecho consumado en la medida que la afectación de los derechos subsiste y los efectos lesivos se continúan presentando. Por último, centra su oposición en señalar que conforme al precedente jurisprudencial la acción de tutela, a pesar de ser un procedimiento sumario, no faculta al juez para fallar sin contar con el suficiente respaldo probatorio, ni lo exime de aceptar, solicitar o decretar las pruebas pertinentes. En consecuencia, solicita que sea probada la afirmación efectuada por el señor Carlos Dávila relativa a que al momento del ingreso ella se encontraba bajo la influencia de alguna sustancia, que considera contraria a la verdad.

Sentencia de segunda instancia

El 17 de marzo de 2010 el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá D.C confirma la providencia impugnada. Para llegar a dicha conclusión expone:

“Las versiones de los accionados, que son detalladas y coincidentes a pesar de haber patrocinado eventos diferentes, permiten inferir que a la accionante no se le permitió el ingreso a los eventos de 25 de julio y 4 de septiembre de 2009, debido a los incidentes en los cuales ésta se vio involucrada, los cuales iban en contra de las medidas implementadas por el personal de seguridad que allí se encontraba.

Con base en los elementos de juicio, es posible concluir que en este caso no hubo actos de discriminación contra la accionante, pues es razonable entender que cualquier persona que hubiera protagonizado esos mismos hechos, en situaciones similares, habría recibido el mismo tratamiento, independientemente de su condición sexual”.

En esas condiciones, deduce que el proceder de los accionados tuvo una finalidad atendible, y en principio no fue desproporcionada ni ilegítima, lo cual indica que no hubo violación del derecho a la igualdad, tanto más cuando aparece evidente que del asunto conoció oportunamente la Defensoría del Pueblo y la Personería Distrital de Bogotá.

I. PRUEBAS

1. Pruebas aportadas en el expediente

* Fotocopia de la cédula de la accionante. (Folio 01)

* Escritos de petición presentados ante la Personería de Bogotá y copia de la actuación adelantada por dicha entidad. (Folios 2 a 18 y 103 a 116).

2. Pruebas recaudadas en sede de revisión

2.1. Intervenciones y conceptos

Por Auto del 16 de julio de 2010, ante la necesidad de documentarse sobre los supuestos de hecho y de derecho que originaron la acción de tutela de la referencia, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, para mejor proveer, resolvió invitar a la Organización Colombia Diversa, al Instituto de Investigación del Comportamiento Humano, a la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional – Facultad de Ciencias Humanas; al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (Cijus) de la Universidad de los Andes, al Departamento de DDHH y DIH de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, a la Asociación de Empresarios de Bares (Asobares), a la Federación Nacional de Comerciantes (Fenalco), al Centro Comunitario LGBT del Distrito Capital, al Grupo de Asuntos Étnicos y Minorías Sexuales de la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, a la Corporación Opción Trans, a la Fundación Santa María en Cali y a los ciudadanos José Galat Noumer y Luis Guillermo Baptiste.

Lo anterior con el fin de que emitieran su opinión sobre la demanda de la referencia y los temas subyacentes a los problemas jurídicos planteados en el caso. Atendieron la invitación de la Corte las entidades y personas que a continuación se relacionan:

2.1.1. Organización Colombia Diversa, DeJuSticia y Women's Link Worldwide

Obrando en calidad de ciudadanos rindieron concepto sobre la tutela de la referencia Marcela Sánchez Buitrago y Catalina Lleras Cruz, directora y abogada de Colombia Diversa; Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque, director e investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia; y Andrea Parra, abogada de Women's Link Worldwide.

Plantean como tesis central de la intervención que está constitucionalmente prohibido discriminar por razón de la orientación sexual y de la identidad de género o segregar a las personas transgeneristas y transexuales, como lo han señalado numerosas instancias internacionales de derechos humanos, cuya doctrina es guía para la interpretación de los derechos fundamentales en Colombia y como se desprende de la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional. No obstante, estiman que a pesar de dicha prohibición, esas personas son discriminadas y agredidas constantemente en su vida cotidiana, lo cual les afecta gravemente el goce de sus derechos fundamentales.

Debido a esta circunstancia, mencionan que debe presumirse la discriminación y que por lo tanto se invierte la carga de la prueba. Conforme a lo anterior, sostienen que las decisiones de los jueces de instancia deben ser revocadas y otorgarse el amparo de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de Valeria Hernández Franco.

Para sustentar las anteriores conclusiones, el concepto aborda tres ejes. En primer lugar, presentan el marco jurídico internacional de protección contra la discriminación por identidad de género. En segundo, la descripción del contexto de discriminación de la población transgenerista en Colombia. Finalmente, plantean los estándares probatorios en casos de discriminación.

2.1.2. Instituto de Investigación del Comportamiento Humano

Edwin Herazo Acevedo, en calidad de Director del referido instituto, presentó concepto por medio del cual precisa algunos términos tales como , prejuicio y discriminación. Menciona que aunque los tres términos se encuentran estrechamente vinculados entre sí, poseen diferencias conceptuales bien determinadas.

Señala que el proceso de la discriminación sucede (i) por una percepción de una amenaza tangible o simbólica, seguida de (ii) la estructuración de un concepto errado que amplifica las diferencias de grupo (por ejemplo hacia transexuales, afrocolombianos, indígenas, etc.), y finalmente (iii) por un consenso acerca de la existencia de las supuestas amenazas.

Afirma que el producto final de este proceso es el acuerdo implícito en diversas áreas de la sociedad acerca de la discriminación establecida y justificada hacia un grupo de personas por parte de un individuo, una institución e incluso los diferentes estamentos del Estado. Por lo

que estas actitudes a su vez conllevan a categorizar a personas o grupos de personas como peligrosas o que generan riesgo para los demás miembros de la sociedad.

Precisa que varios estudios científicos muestran que los procesos de discriminación se sobreponen entre sí, como es el caso de la discriminación por orientación sexual y la étnico-racial. Además, que dentro de estos mismos grupos se generan comportamientos de discriminación hacia algunos de sus subgrupos.

Respecto del caso concreto manifiesta que los jueces de instancia subestiman lo declarado por la demandante, ya que su versión parece ser descalificada de manera automática por considerar que la versión de los demandados es la válida por ser coincidente, desconociendo que no necesariamente es imparcial, como también puede no ser imparcial la versión de la demandante.

Hipotetiza que podría existir una probable sobreestimación de la versión de los demandados, y en contraposición, una subestimación de la versión de la demandante, sin que se esgrima con contundencia la razón para ello, ya que las razones de supuesta agresividad, violencia, embriaguez y consumo de sustancias psicoactivas no son claras.

Agrega que la agresividad y la violencia en las personas, de manera general, es fruto de la interacción humana, es decir, entre al menos dos personas, excepto cuando una presenta manifiesta alteración de su estado mental producto bien sea de una patología establecida o por el efecto de alguna sustancia. Sin embargo, de acuerdo con el contenido del expediente este supuesto comportamiento por parte de la demandante tampoco queda claro, ya que no existe evidencia del estado de embriaguez ni del consumo de sustancias psicoactivas por parte de la demandante.

2.1.3. Departamento de DDHH y DIH de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda

Los profesores José María del Castillo y Luis Andrés Fajardo Arturo intervinieron a nombre de la universidad referida. El concepto aborda la problemática derivada de la ponderación que sirve de base a la decisión de la primera y segunda instancia. Estiman que dichas decisiones se fundamentaron en la supuesta inexistencia de prueba sobre la discriminación alegada, en contraposición de los alegatos que presentan la accionante y los accionados. Por tanto

estiman que es indispensable indagar, en primer lugar, ¿cómo debe operar la carga probatoria en casos en que se alega una discriminación contra un grupo históricamente discriminado?

Precisan que es indispensable preguntarse por la protección de las personas LGTB, lo cual a su vez requiere de un barrido en torno al ámbito de protección nacional e internacional que se esgrime a favor de estas personas y que implica obligaciones concretas, decantadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para ser aplicadas en Colombia.

Sobre la base del esquema anterior, se refieren en extenso (i) a la carga probatoria en los casos en que se alega la discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) a la carga probatoria y los sujetos de especial protección constitucional; (iii) a la discriminación histórica como indicio de segregación; (iv) a la protección de las personas LGTB en el ámbito internacional y nacional; y (v) a las acciones afirmativas.

A modo de conclusión, afirman que las decisiones de primera y segunda instancia desconocieron la calidad de sujeto de especial protección constitucional de la víctima, y exigieron de ella una carga probatoria que, por la naturaleza de los hechos, se convierte en una condición imposible para hacer exigible la protección de sus derechos fundamentales.

Para los académicos, la protección de los derechos al acceso a la vida cultural y pública de las personas LGTB tiene relación directa con el derecho fundamental a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, lo que se traduce en que su protección implica de las autoridades y de los particulares abstenerse de cometer actos como el que alega la tutelante.

Estiman que el derecho a la igualdad implica, en algunos casos, adelantar acciones dirigidas a contrarrestar las desigualdades históricas y sociales de que son víctimas las personas de ciertos grupos sociales. En el caso concreto de las personas LGTB, algunas administraciones distritales han tomado en serio la tarea de adelantar medidas afirmativas en la materia, de la misma forma que se ha hecho en otros países de Latinoamérica. El caso bajo estudio permite evidenciar una situación frente a la cual es necesario actuar: la necesidad de exigir de quienes adelantan eventos culturales que se abstengan de cometer cualquier tipo de discriminación y, a la vez, exigir a la administración, cuando sea ella quien alquile los locales para estos eventos, que en el contrato de arrendamiento se establezcan cláusulas penales u

otras medidas dirigidas a la eliminación de las conductas discriminatorias en esta clase de eventos.

2.1.4. Intervención del ciudadano José Galat Noumer

El señor Galat manifiesta que en su criterio las relaciones homosexuales, que incluyen las expresiones travestis o transgeneristas, son contrarias a la naturaleza, a la sociedad, a la realización sicológica de la persona humana, a la Constitución Nacional, a la moral y a dios.

Precisa que la relación sexual entre personas del mismo sexo, conocida con el nombre de homosexualidad, en primer lugar, es abiertamente contraria a la naturaleza. Resalta que la relación repugna a la anatomía, porque la configuración de sexos iguales “no encaja” y, por el contrario, resulta discrepante. Situación bien diferente se da en la relación heterosexual que, podría decirse, está morfológicamente diseñada para la complementación armoniosa.

Afirma que tampoco desde el punto de vista fisiológico empatan sexos iguales, ya que, por ejemplo, “no existe la lubricación natural para facilitar el coito, que en cambio si se da en la relación heterosexual. Y esto sin considerar que el ano no está dispuesto para recibir, sino para expeler, por lo cual pueden originarse grandes destrozos al intentar el coito.” Subrayado del texto original.

En su criterio, “peor de antinatural resulta la relación homosexual si se considera desde el ángulo biogenético, ya que todo en la naturaleza se halla maravillosamente ordenado para la reproducción y continuación de las especies. Cuando se unen dos sexos iguales esta finalidad no se cumple y, por definición, resulta infecunda. La esterilidad de la relación homosexual, por tanto, habla de modo elocuente de su carácter absolutamente opuesto al mantenimiento y reproducción de la vida.”

De otra parte, enfatiza que la infecundidad intrínseca de la relación homosexual pone de presente también su carácter radicalmente contrario al interés social, es decir, al bien común de la sociedad. Por lo que “si nos atuviéramos inclusive a un autor nada católico, como el filósofo alemán Emmanuel Kant, la homosexualidad tendría que ser vista como una especie de suicidio colectivo de la especie. A la luz del imperativo categórico, que él postula, y que exige la universalización de una conducta para darle categoría ética, si todas las personas practicasen esta degradación, la sociedad humana acabaría por extinguirse.”

Agrega que es contraria a la realización psicológica de la persona, ya que el amor de pareja que pueda llegar a existir entre hombre y mujer es imitado por los homosexuales. Sin embargo, finalmente, no puede darse entre personas del mismo sexo, ya que mecanismos psicológicos profundos lo impiden.

Plantea el siguiente interrogante: ¿Tales ansiedades, angustias y la sensación de frustración, no serán, entonces, las determinantes de la mayor proclividad al suicidio de los gais y las lesbianas? ¿Lo que se hace contrariando la naturaleza y, por tanto, la identidad profunda de la persona, no llevará a la suprema autodestrucción?” 1

Estima que lo afirmado contraría a la Constitución Nacional, ya que (i) en el preámbulo de la Suprema Carta de 1991, de forma clara y tajante demuestra que nuestra Constitución lejos de ser “laica” o indiferente, como algunos erróneamente sostienen, por el contrario, subraya que es profundamente teísta. Para sustentar lo anterior afirma:

“En efecto ¿cómo de laica” pueda calificarse una carta constitucional que de modo expreso dice dictarse “...invocando la protección de Dios?

Ahora bien, este carácter teísta de la Carta Suprema de Colombia, conlleva también de modo necesario a una moral teísta, no a una “moral laica” o moral sin Dios. ¿Y cuál es uno de los principios capitales de esta moral? Pues el respeto de la naturaleza y de las relaciones fundadas en ella, que como ya se vio atrás, no compagina con la homosexualidad.

Ahondando más en los preceptos positivos de la Constitución, el artículo 42, por ejemplo, dispone que “... la familia es núcleo fundamental de la sociedad (y) se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer (he subrayado en el texto).”

Estima que las conductas homosexuales contrarían a la moral y a dios, por lo que la “práctica de la homosexualidad no es mala porque Dios la prohíbe, sino que él la prohíbe porque es mala. En efecto, si la relación sexual de hombre con hombre o de mujer con mujer, como se ha visto, es antinatural, antisocial y contraria psicológicamente a los anhelos humanos más profundos, aparece vetada prácticamente en todas las religiones, o al menos en las más importantes, como son la cristiana, la judía y la musulmana, en todas las cuales se la condena con severidad.”

Para finalizar, precisa que de acuerdo con la lectura que la Corte ha dado a la norma constitucional colombiana, aquella se erige como base de los derechos fundamentales y regula, entre otros, el del libre desarrollo de la personalidad, como una prerrogativa individual de la persona. No obstante, también considera pertinente resaltar que como la norma constitucional es el contrato social por excelencia, conlleva el respeto por los deberes que sirven de garantes a la convivencia de la comunidad.

En cuanto al asunto de autos, afirma que se confrontan los dichos de las partes pero no se encuentra la certeza de la situación de tal manera que pueda generar el convencimiento suficiente para aplicar la normativa constitucional. Por lo anterior expresa que, frente al trámite de amparo constitucional, debe mantenerse la providencia sometida a revisión de la Corte Constitucional, acompañada de un llamado a las entidades accionadas para que en el futuro busquen procesos de acercamiento que impliquen no solo el reconocimiento del otro sino también la satisfacción de sus propios intereses dentro de la promoción de la convivencia pacífica.

2.1.5. Intervención de la ciudadana Brigitte Luis Guillermo Baptiste

Con el ánimo de contribuir a la decisión, estima que en el caso de la referencia es conveniente hacer algunas aclaraciones respecto a los conceptos y categorías que se utilizan en la acción de tutela y que considera relevantes a la hora de decidir.

En primer lugar, afirma que es necesario reconocer que la naturaleza humana sigue compartiendo muchos rasgos del mundo animal del cual hacemos parte. Señala que la profesora Joan Roughgarden (phD), quien ocupa la cátedra de evolución en la Universidad de Stanford, hace un cuidadoso recuento de las formas en que el sexo y el género se presentan en las diversas sociedades animales, señalando cómo el patrón general es, precisamente, la ausencia de un patrón. Es decir, tanto desde el punto de vista fisiológico, anatómico o morfológico, como etológico (comportamental), muchos grupos animales (centenares de especies) poseen características de transexualidad (cambio de sexo en alguna o varias etapas de sus vidas), como parte de sus estrategias de supervivencia.

Cita igualmente al autor Jesse Bering en un artículo sobre la mente, de la revista Science (mayo de 2010) titulado “The Third Gender” (el tercer género), el cual traduce en los siguientes términos:

“Al estudiar la transexualidad, los científicos se han dado cuenta de que el sexo biológico, la identidad de género y la orientación sexual son tres variables distintas e independientes” (de la condición humana). Los/las transexuales están iluminando la biología y la psicología del sexo y están revelando ahora que tan diversa realmente es la especie humana”.

De las anteriores citas, en las que afirma que se condensan centenares de referencias sobre la materia, deduce que las expresiones biológicas del sexo o psicológicas y culturales del género son múltiples, se combinan de diversas formas entre sí, y a su vez no tienen nada que ver con la elección de pareja, un aspecto más complejo de la realidad. Así, estima que existe una amplia variabilidad de expresiones y preferencias tanto anatómicas como estéticas (morfológicas) y de comportamiento humano, que enriquecen y hacen parte de las características evolutivas de la especie humana, lo que contribuye a definirla como tal.

Concluye exponiendo que las manifestaciones que exprese una persona en términos de los tres atributos mencionados son simplemente parte de la variabilidad con que se expresan los individuos de una sociedad, y que en tal circunstancia, independientemente del vocabulario utilizado para designarlas, son constitutivas de su personalidad, inviolables y que deben ser protegidas plenamente por la potestad del Derecho.

2.1.6. Amicus curie del ciudadano Daniel Sastoque Coronado

En calidad de ciudadano colombiano, el señor Sastoque intervino en el presente proceso haciendo una amplia referencia (i) a la situación fáctica y al trámite de la acción; (ii) a la normativa aplicable en el caso concreto; (iii) a la violación de derechos a las personas transgénero en Colombia; (iv) al trámite de tutela en la cual se alegan criterios sospechosos; (v) al cumplimiento de obligaciones internacionales de respeto y garantía de derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno ante conductas que afectan grave y directamente el interés colectivo dirigidas contra personas transgénero; (vi) acerca de las solicitudes de la accionante; y por último (vii) a efectuar recomendaciones a la Corte Constitucional sobre las medidas que pueden ser adoptadas para evitar repetición de conductas discriminadoras.

En términos generales, considera que para el caso concreto es evidente que la identidad y el rol de género constituyen criterios sospechosos proscritos por el derecho internacional de los derechos humanos, tanto en el ámbito del sistema interamericano como en el sistema

universal de protección y por ende incorporados en nuestra Constitución Política en virtud de los artículos 93 y 94.

Agrega que es evidente que la población transgénero constituye un sector de la sociedad históricamente excluida y discriminada a causa de su identidad y rol de género, al punto que el goce efectivo de derechos se ve comprometido de forma grave frente a otros grupos sociales. En ese sentido, concluye que le asiste razón a la accionante al demandar el amparo de sus derechos la protección reforzada a que está obligado el Estado colombiano.

2.2. Pruebas testimoniales

En el mismo auto de 16 julio de 2010 la Corte decidió citar a declarar ante esta Corporación a la accionante Valeria Hernández Franco conforme a lo solicitado por ella, y a rendir testimonio a los señores Néstor Peláez y Bladimir Lerma, en calidad de acompañantes de la peticionaria en los hechos que dieron lugar a la presente acción de tutela.

Del mismo modo, y conforme a lo pedido por los accionados, se procedió a citar para que rindieran testimonio a los señores Juan Andrés Ruiz, organizador de eventos de la comunidad LGBT, y a Yoan Torres, en calidad de jefe de seguridad del piso 30 del Hotel Tequendama.

Por parte de la Secretaría de esta Corporación se intentó notificar a la accionante y el señor Bladimir Lerma en la dirección descrita en la demanda de tutela, pero no fue posible debido a que ya no residían en dicho domicilio.² No obstante, sí se logró notificar al señor Néstor Peláez, quien no acudió a la diligencia conforme a la constancia obrante a folio 130 del cuaderno de revisión.³

En cuanto a los señores Juan Andrés Ruiz y Yoan Torres, sí fue posible notificarlos y acudieron a la diligencia rindiendo testimonio. Los apartes relevantes de las declaraciones recibidas, serán expuestos en la solución del caso concreto de la presente providencia.⁴

2.3. Prueba de los registros fílmicos al ingreso del establecimiento

Se ordenó al señor Orlando Salazar Gil, Gerente General y Representante legal de la Sociedad Hotelera Tequendama SA, que dentro del término de ocho (08) días hábiles enviara al despacho del magistrado sustanciador los registros fílmicos de las cámaras de seguridad del establecimiento relativas a la zona de ingreso que fueron alquiladas para los siguientes

eventos: Rachael Starr, del 25 de julio de 2009, cuyo contrato se suscribió con la señora Olga María Chacón Jiménez y el del disc-jockey Yves La Rock, del 04 de septiembre de 2009, celebrado con el señor Carlos Dávila Méndez.

Atendió el requerimiento dispuesto por la Corte, el gerente de la sociedad, quien precisa que las cintas de video utilizadas por las cámaras de seguridad rotativas, con espacios de grabación que permanecen en archivo por 15 días, para después ser regrabadas. Explica que “como quiera que nuestro plan de seguridad no detectó irregularidad alguna en las fechas antes mencionadas, como tampoco recibió solicitud de efectuar back up del ingreso al Salón Piso 30 los días 25 de julio y 04 de septiembre de 2009, dentro de la respectiva oportunidad, estos registros fílmicos fueron objeto de regrabación posterior, resultando técnicamente imposible recuperar copia de los mismos.”⁵

2.4. Pruebas relacionadas con la existencia de políticas públicas a favor de la comunidad LGBTI en Colombia

Por medio de Auto del 03 de marzo de 2011, el Magistrado Sustanciador procedió a consultar a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), al Ministerio de la Protección Social, al Ministerio de Educación Nacional, al Ministerio de Defensa, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Ministerio del Interior y de Justicia, a la Consejería para la Equidad de la Mujer, a la Superintendencia de Industria y Comercio, a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, así como a la Policía Nacional, para que dentro de la órbita de sus competencias resolvieran el siguiente interrogante:

“¿En la entidad o el instituto se adelantan o se han llevado a cabo políticas públicas orientadas a eliminar las causas que propician o permiten la discriminación de la población LGBTI (lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales)?

En el evento de respuesta afirmativa, explique brevemente en qué ha consistido la política pública al respecto y allegue los soportes o documentos correspondientes.”

Las respuestas a lo solicitado serán referidas en las consideraciones de esta providencia.

IV. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Mario González Vargas, en calidad de Procurador Delegado para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, presentó concepto relacionado con el caso sometido a revisión. El representante del Ministerio Público se refiere a la situación y a las problemáticas que afrontan las personas transgénero en Colombia. Sumado a ello se refiere al marco jurídico que las protege.

En cuanto al caso concreto, después de realizar una descripción del caso, manifiesta que las instancias de conocimiento se limitaron a dar plena credibilidad a los argumentos expuestos por los accionados. Por tanto, estima que el juez de tutela no debió conformarse con las afirmaciones de los demandados precitados sino que, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, debió fundamentarse en otros elementos de prueba para definir si efectivamente se estaba en presencia de una vulneración de derechos fundamentales. 6

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

2.1. Según la accionante, quien abiertamente declara su identidad transgenerista, decidió asistir acompañada de amigos a dos fiestas electrónicas en el piso 30 del Hotel Tequendama en el Distrito Capital, una el de julio de 2009 y la otra el 04 de septiembre del mismo año. Afirma que en las dos ocasiones se le impidió el ingreso a los eventos por motivo de su identidad de género, es decir, por ser transexual o transgenerista.

El propietario del inmueble, la Sociedad Hotelera Tequendama, expone que actuó como arrendador del salón ubicado en el piso 30 de las residencias del Hotel, el cual fue alquilado a

los promotores de eventos CFelipe Dávila y Olga María Chacón Jiménez. Los antedichos sostienen que las personas a su cargo no negaron el ingreso de la accionante por motivo de su “identidad sexual”, sino porque se tornó agresiva y violenta al momento de acceder a las instalaciones, razón por la que se determinó la devolución del dinero de las entradas.

Los jueces de instancia denegaron el amparo por considerar que no existió evidencia que permitiese señalar que la negativa al ingreso de la actora se debió a su personalidad o su “condición sexual”, sumado a que las versiones de los accionados son detalladas y coincidentes a pesar de haber patrocinado eventos diferentes. Lo anterior les permitió inferir que no se impidió el ingreso a los eventos en razón a los incidentes en los cuales la actora se vio involucrada, los cuales iban en contra de las medidas implementadas por el personal de seguridad.

2.2 Conforme a los antecedentes expuestos, corresponde a la Corte resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Es procedente la acción de tutela para controvertir la decisión de particulares que organizan eventos en establecimientos abiertos al público, cuando se solicita la protección de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad ante presuntos actos de discriminación?

(ii) ¿Se configura un hecho o daño consumado que origine la carencia actual de objeto de la acción de tutela, cuando se solicita la protección de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad ante presuntos actos de discriminación ocurridos al negar el ingreso a un establecimiento abierto al público?

(iii) ¿Desconoce los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad una persona que limita el ingreso de otra a un evento abierto al público por razón de su orientación sexual o la identidad de género?

2.3 Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados, la Corte Constitucional tratará los siguientes temas: (i) procedencia de la acción de tutela en contra de particulares; (ii) la doctrina del hecho o daño consumado y la carencia actual de objetocomo eventual factor para la improcedencia de la acción de tutela; (iii) el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad; (iv) la prohibición de discriminación y los criterios sospechosos; (v)

jurisprudenciales aplicables a tratos discriminatorios basados en criterios sospechosos; (vi) la prueba de los actos discriminatorios y el deber probatorio del juez en materia de tutela; (vii) jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI). Orientación sexual y la identidad de género como criterios sospechosos de discriminación; (viii) íticas públicas orientadas a eliminar las causas que propician o permiten la discriminación de la población LGBTI en Colombia; (ix) la situación específica de las personas transgénero en Colombia; por último (x) se analizará y resolverá el caso concreto.

3.1 Conforme lo estipula el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela procede para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o privada. Hay lugar a la acción contra un particular en los casos reconocidos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, grosso modo cuando (i) preste servicios públicos en general, (ii) exista subordinación o indefensión frente a la entidad privada accionada, (iii) ejerza esclavitud, servidumbre o trata de seres humanos, (iv) se esté vulnerando el derecho al habeas data o al habeas corpus; y (v) realice función pública.⁷

Específicamente, el numeral 4° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, establece:

“Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos

(...)

4° Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.”

En cuanto a los conceptos de indefensión y subordinación, en la Sentencia T-122/05 fueron delineados los siguientes criterios:

“La subordinación ha sido definida por la doctrina constitucional como la condición de una persona que la hace sujetarse a otra o la hace dependiente de ella y, en esa medida, hace

alusión principalmente a una situación derivada de una relación jurídica en virtud de un contrato de trabajo o de las relaciones entre estudiantes y directivas del plantel educativo o la de los padres e hijos derivada de la patria potestad.

El estado de indefensión no tiene origen en la obligatoriedad derivada de un vínculo jurídico sino en la situación fáctica de falta total o insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales. La indefensión no es una circunstancia que pueda ser analizada en abstracto, requiere de un vínculo entre quien la alega y quien infringe que permita asegurar el nexo causal y la respectiva vulneración del derecho fundamental.”

La necesidad de que la acción de tutela proceda en contra de particulares por la subordinación o la indefensión también encuentra sustento en el derecho a la igualdad, ya que la persona que se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa en la relación desequilibrada que tiene respecto del particular; por ello el Estado brinda la herramienta de la acción de tutela para la protección. Al respecto esta Corporación indicó en Sentencia T-222/04:

“La Corte Constitucional ha intentado establecer la razón de esta ampliación de la protección de la tutela. En cuanto a ello, la Corte ha planteado dos razones distintas. De una parte, ha señalado que la extensión de la tutela a las relaciones entre particulares tiene por objeto restaurar situaciones de desigualdad existentes en tales relaciones. Es decir, se busca que las relaciones particulares se conduzcan bajo condiciones de igualdad coordinación⁸. Por otra parte, la Corte ha indicado que la ampliación se explica por un fenómeno más complejo, cual es el “desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado”⁹, lo que demanda la protección de los particulares frente a cualquier clase de poder social¹⁰.

En sentencia C-134 de 1994 la Corte hizo un análisis que marca las distinciones antes mencionadas. En dicha oportunidad se indicó que el constituyente introdujo la tutela contra particulares, al advertirse que los derechos fundamentales podían ser violados no sólo por autoridades públicas. Tal conclusión tuvo como base la consideración de que la procedencia de la tutela, en general, se explicaba por la necesidad de protección de la dignidad humana. Principio a partir del cual se define la legitimidad del orden constitucional y explica la fuerza irradiadora de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico”. por fuera del texto

original.

Ha sido amplia la jurisprudencia de esta Corporación en la cual distintas Salas de Revisión han aplicado y reiterado en distintos ámbitos los criterios brevemente expuestos respecto de la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares.¹¹

3.2 En lo concerniente al caso sometido a revisión se advierte que la accionante Valeria Hernández Franco, alega que al ingresar a dos eventos abiertos al público en las residencias del Hotel Tequendama por parte de los empresarios Olga María Chacón y Carlos Dávila fue discriminada debido a su identidad de género como persona trans.

Sobre la base de lo expuesto, es posible afirmar que la negativa de ingreso a un establecimiento o evento abierto al público por parte de la persona que lo administra o de alguno de sus empleados, frente una persona que alega ser discriminada por su identidad de género perteneciente a la comunidad Lgbti, sitúa la problemática en el escenario de la indefensión. Lo anterior porque para solicitar el ingreso a un escenario abierto al público como lo es una fiesta electrónica no se vislumbran mecanismos de defensa alternativos y eficaces, motivo por el que es procedente la acción de tutela para estudiar la posible vulneración de derechos fundamentales.

4. La doctrina del hecho o daño consumado y la carencia actual de objeto como eventual factor para la improcedencia de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.¹²

4.1 El Decreto 2591 de 1991, en el numeral 4º del artículo 6º, establece que la acción de tutela no procede cuando, respecto de la violación del derecho, se pueda predicar un hecho consumado.¹³ Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la razón de ser de tal disposición es la efectividad del amparo de los derechos fundamentales. ¹⁴

No obstante, desde muy temprano la Corte ha precisado la necesidad de estudiar aquellas conductas de las cuales se denuncia la vulneración de las garantías especiales de las personas, a pesar de que las situaciones aparentemente ya se hubieran configurado en el tiempo. Se expresó en la Sentencia T-164/93:

“Considera la Corte Constitucional que debe existir una diferencia entre las situaciones que

generaron una vulneración del derecho pero que concluyeron en su momento y las que permanecen en el tiempo por el no desaparecimiento de su contenido esencial. En relación con las primeras, revivirlas sería atentar contra el principio de la seguridad jurídica; frente a las segundas, es probable que se configure la vulneración de un derecho fundamental, con fundamento en el principio de retrospectividad, por lo que la fecha del acto acusado no constituye el factor determinante para establecer la improcedencia de la acción de tutela. Lo importante pues es que la violación al derecho sea actual, esto es, que persista al momento de resolverse la tutela.” Subrayado por fuera del texto original

En efecto, se ha entendido que si respecto de cada uno de los derechos que se consideran vulnerados no existe ninguna razón para dictar una orden a partir de la cual el sujeto vulnerador “actúe o se abstenga de hacerlo”, la acción resulta improcedente y correspondería declarar la carencia actual de objeto, ya que hacerlo haría inocuo el mandato consignado en la tutela. Al respecto la Corte, en la Sentencia T-972/00, afirmó lo siguiente:

“(…) [E]s claro que si la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva de los derechos fundamentales conculcados o amenazados, la desaparición de los supuestos de hecho en los cuales se fundó la acción -por cesación de la conducta violatoria, por haber dejado de tener vigencia o aplicación el acto en el que consistía el desconocimiento del derecho, o por haberse realizado el acto cuya ausencia representaba la vulneración del mismo- o la muerte del accionante cuando la orden solicitada tuviera directa relación con la defensa del derecho a la vida y los derechos a él conexos, hace que se diluya el motivo constitucional en que se basaba la petición elevada conforme a las prescripciones del artículo 86 de la Constitución Nacional y disposiciones reglamentarias. El fenómeno descrito tiene lugar, entonces, cuando el cambio de circunstancias sobreviene antes de dictarse el fallo de primer grado o antes de proferirse el de segundo o la revisión eventual por parte de la Corte Constitucional¹⁵ y, en realidad, ningún objeto tiene en tales casos la determinación judicial de impartir una orden, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia¹⁶” (Subrayado por fuera del texto original).

En contraste, si respecto de cualquiera de los derechos fundamentales invocados subsiste algún provecho que pueda ser derivado a partir de una orden que se consigne en el amparo, es decir, si respecto de la amenaza o la vulneración el juez constitucional puede definir alguna disposición con la cual anule, evite o mitigue el daño causado, será relevante la

procedencia de la tutela.¹⁷ En consecuencia, esta Corporación ha entendido que lo primero que debe definir el juez es si la afectación de los derechos tuvo lugar en un sólo momento o si los efectos lesivos pudiesen tener la potencialidad de acrecentar la acción u omisión violatorio del derecho.

Sobre este aspecto en la Sentencia T-372/00, en la cual se concedió la tutela presentada por una persona desalojada de su hogar y sitio de trabajo, es necesario traer a colación lo siguiente:

“Podría sostenerse que habiendo transcurrido más de un año desde la fecha en que se produjo el desalojo, esta acción resulta improcedente, pues el daño se consumó en la fecha de la diligencia.

“Sin embargo, esta Sala de Revisión considera que tal interpretación podría ser correcta, si se mirara que lo ocurrido no tuvo ninguna implicación adicional, y que la vulneración se detuvo en el mismo momento en que ella se dio. Pero ello no es así, pues, según lo afirmado por el Defensor Público, apoderado del demandante de esta tutela, el actor quedó físicamente en la calle. Se le despojo de su trabajo y de su hogar. Y, no se le ha dado ninguna suma de dinero, ni se le ha ubicado para que desarrolle su trabajo, relacionado con el servicio de monta llantas, ni en donde vivir, con su familia.

“Es decir, la vulneración continúa. Al respecto, es pertinente recordar que la Corte, en la sentencia T-596 de 1993, hizo la distinción entre el daño consumado y cuándo continúa la acción de las autoridades vulnerando derechos fundamentales. Se observó que si bien en algunos casos podía hablarse de daño consumado, y, por ello, no era posible conceder la tutela, en otros casos, dadas las consecuencias que seguía generando la vulneración, no era posible aplicar la misma tesis, y, podía proceder la acción de tutela”.

La Corte, en esta decisión, reiteró que ante la vulneración de un derecho fundamental es necesario que el juez verifique la existencia del hecho o daño consumado a partir de la efectividad que la orden consignada en dicha acción pueda tener respecto del caso concreto. Al respecto, para el precedente de la Corte es claro que slos efectos del daño persisten y son susceptibles de ser interrumpidos, así deberá hacerlo el juez constitucional. En la referida sentencia de unificación sobre esta materia se señaló:

“La Corte mantiene esta doctrina, pero debe precisar que el supuesto básico de ella -no considerado por el juez en la providencia que se examina- radica en la existencia de una situación consumada que, no obstante mostrar con certidumbre la efectiva y clara vulneración de derechos fundamentales en el pasado, impide, por la contundencia misma de los hechos en el caso concreto, impartir instrucciones judiciales efectivas, capaces de producir mutaciones en el orden fáctico, para restaurar el imperio de la Constitución.

“Así, ningún sentido tendría una tutela que se concediera para proteger el derecho a la vida de una persona que, cuando el juez se dispone a resolver, ya ha fallecido. Por lo cual, aunque en el caso se haya demostrado que alguien, con sus actos u omisiones, amenazó en efecto aquél derecho, o dio lugar a su vulneración, nada tiene que disponer el juez de tutela con efecto restaurador del mismo, en cuanto no puede ya ser ejercido.

“En otros términos, no es posible admitir como hecho consumado ni sostener para el caso la carencia actual de objeto de la decisión judicial cuando todavía, mediante la sentencia, es posible restablecer la efectiva vigencia de los derechos fundamentales violados”¹⁸ (Subrayado por fuera del texto original).

Adicionalmente, en la Sentencia T-131/06, por medio de la cual se estudió también la medida restrictiva relativa a no impedir el ingreso a un establecimiento abierto al público de una persona por su color de piel, en lo referente al hecho consumado, la Corte afirmó lo siguiente:

“El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques”. Dentro de tal listado enunciativo de los sitios que comprenden el concepto “lugares y servicios destinados al servicio público”, se encuadran sin duda las discotecas, tabernas, bares u otros sitios de diversión nocturna”

Por último, vale la pena aclarar que los hechos bajo estudio no constituyen un hecho consumado sino que, por el contrario, hacen parte de un conjunto de conductas generales, sustentadas en la exclusión social, económica y política del grupo racial. La simple negativa de acceso a un establecimiento abierto al público es sólo una de las estrategias y prácticas de rechazo sustentadas en el prejuicio que materializan el estereotipo racial.

Hay que tener en cuenta que si del estudio de los hechos se deriva una conducta que puede ser anulada, evitada o mitigada a través de éste mecanismo, ya sea de manera directa o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, será obligatorio para el juez constitucional pronunciarse sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales. Conforme a lo anterior debe quedar claro que el concepto de hecho consumado no se agota en la definición o identificación de un hecho ocurrido en el pasado.” (Énfasis por fuera del texto original).

4.2 Sentado lo anterior y debido a que puede prestarse para confusiones, es pertinente aclarar las diferencias que existen entre la carencia actual de objeto por hecho superado y por daño consumado. La distinción que existe entre los referidos fenómenos ya fue analizada en la Sentencia T-170/09, la cual dada su pertinencia procede a transcribirse:

“La carencia actual de objeto por hecho superado, se da cuando en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado. En dicho sentido, no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para Corte en sede de Revisión, incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo puede hacerlo, 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.

(...)

La carencia de objeto por daño consumado supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela. En estos casos resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos. Igualmente, debe informar al demandante o a los familiares de éste, sobre las acciones jurídicas de toda

índole, a las que puede acudir para la reparación del daño, así como disponer la orden consistente en compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño. En algunos casos, en los que se ha configurado carencia de objeto por daño consumado, la Corte Constitucional ha dispuesto la imposición de sanciones a los demandados cuya conducta culminó con la vulneración de los derechos fundamentales, de la cual a su vez se derivó el daño.

(...)

La importancia de distinguir entre la carencia actual de objeto, por hecho superado y por daño consumado, no sólo remite a la radical diferencia que existe para el juez de tutela, al enfrentarse a un caso que supone la reparación de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, respecto de otro en el cual no hubo reparación y además la mencionada vulneración derivó en un daño; sino que, dicha importancia se asienta en que las obligaciones y posibilidades del juez de amparo varían según el caso. El desarrollo de la protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, tal como se ha hecho en las sentencias de revisión arriba citadas, son muestra de la evolución de las posibilidades de reparación de la vulneración y amenaza de estos derechos, cuando se constituye el fenómeno de la carencia de objeto por daño consumado.” (Énfasis por fuera del texto original).

En síntesis, es indispensable reiterar que frente a una solicitud de amparo el juez de tutela debe establecer cuáles son los derechos fundamentales de los cuales se alega la vulneración para luego definir si los efectos del hecho dañoso persisten, si son susceptibles de ser interrumpidos o, mejor, si existe alguna posibilidad fáctica de restablecer los derechos fundamentales quebrantados.

4.3. En el caso sometido a estudio al igual que en el consignado en la Sentencia T-131/06, se solicita por una persona que pertenece a la comunidad LGBTI, el amparo de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad, ya que afirma que no la dejaron entrar a un establecimiento por razón de su identidad de género (transexual). En principio, fuere o no cierto lo denunciado por la accionante, es menester que el juez constitucional investigue las posibles conductas discriminatorias relacionadas con personas o colectividades

consuetudinariamente segregadas o en asuntos en que se reprochan el uso de criterios sospechosos, como en el que se estudia dada la identidad de género de la peticionaria. Por tanto, es deber del juez establecer y contextualizar tal situación y concluirse que la tutela se concede o no para hacer frente a la posible conducta o acto irregular. En caso contrario, abandonar sin más el estudio de los hechos planteados constituye el desconocimiento del valor normativo de la Constitución, el acceso efectivo a la administración de justicia, y no menos lamentable, la discriminación reforzada de una persona o grupo en sede judicial.

5. El derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

El artículo 13 de la Constitución establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, por lo que recibirán la misma protección y trato de las autoridades y disfrutarán de los mismos derechos, oportunidades y libertades sin ningún tipo de discriminación por razones de origen, lengua, opinión, raza, religión o sexo. También establece la Carta que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea efectiva y real por lo que se deben adoptar políticas a favor de grupos discriminados o marginados.

Unido intrínsecamente con el derecho a la igualdad, el artículo 16 establece la garantía que tienen todas las personas al libre desarrollo de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen el orden jurídico y los derechos de los demás. Este derecho ha sido entendido por la jurisprudencia también como el de autonomía de la persona, y ha explicado que se materializa 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.¹⁹

De igual manera, se ha especificado que la finalidad del derecho está enfocada “en comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida. Es aquí donde se manifiesta el derecho de opción y es deber de las personas respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.”²⁰

De la misma forma la Constitución se enmarca dentro de un amplio arquetipo pluralista, que no es otra cosa que la posibilidad de existencia de variedad de pensamientos, personas o

convicciones en cualquier ámbito, de allí que la Constitución expresamente contemple esta garantía sistemáticamente en el artículo 1º al establecer que Colombia es un Estado Social de Derecho que propugna, entre otros valores, por ser democrática, participativa y pluralista, art. 7º concerniente a que “el Estado reconoce y protege la diversidad (...)”, art. 20 que “garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, (...)”, por lo que no cabe duda que el Constituyente pensó en dicha garantía para todas las personas.

De otra parte, la jurisprudencia ha señalado que trasgrede el derecho a la igualdad y libre desarrollo de la persona cualquier tipo de diferenciación arbitraria o caprichosa, ya sea en las normas o en al actuar de la administración o de los particulares lo cual explica que la Constitución claramente propugna por un mandato de no discriminación.²¹

6. La prohibición de discriminación y los criterios sospechosos

6.1. La discriminación puede ser entendida jurídicamente como aquella conducta o actitud dirigida de forma directa o indirecta a segregar, excluir o ignorar a un individuo o a una colectividad. Principalmente está enfocada en el trato de inferioridad fundamentado en prejuicios sociales o personales, lo cual trae como consecuencia el irrespeto y por ende la vulneración de los derechos humanos conexos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto al acto discriminatorio, en la Sentencia T-098 de 1994 se subrayó que constituye como tal:

“El trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona.

La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista

justificación objetiva y razonable.”

Del mismo modo, en la Sentencia C-371/00 se amplió la argumentación sobre la materia, en el sentido de especificar que:

“El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos”.

Para la configuración de un acto discriminatorio se requiere, además del trato desigual, el que dicha actitud sea injustificada; en otras palabras, que carezca de razonabilidad y que su causa se fundamente en un prejuicio. Del mismo modo, se debe configurar un perjuicio, ya sea porque genere un daño, cree una carga o excluya a una persona del acceso a un bien o servicio de uso común o público, retenga o impida un beneficio.²²

No obstante, es pertinente aclarar que no toda utilización de criterios diferenciadores en principio está prohibida, ya que como bien lo afirmó la Corte en la Sentencia C-112/00, “mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales”.

6.2. Atado lo anterior con el derecho a la igualdad, vale la pena recordar que la Constitución expresamente establece la prohibición de discriminación por razones de sexo,²³ raza,²⁴ origen nacional o familiar,²⁵ lengua,²⁶ religión,²⁷ opinión política o filosófica.²⁸

A pesar de que pareciera darse una enumeración taxativa de los eventos en los casos en que se puede presentar la vulneración, el artículo 13 de la Carta deja una cláusula abierta contenida en los mandatos de adopción de medidas a favor de los grupos discriminados o marginados y de protección especial de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. En virtud de lo anterior la Corte Constitucional ha protegido los derechos de distintas personas en variados

ámbitos sobre la base de la obligación del bloque de constitucionalidad, que en materia de criterios sospechosos de discriminación ha especificado que los criterios no pueden limitarse a las enumeraciones contempladas en los textos constitucionales.

Dicha preocupación ya fue objeto de estudio en el Sistema Universal de Protección de Derechos, cuando en la Observación General Núm. 18 relativa a la “No Discriminación”, el entonces Comité de Derechos Humanos, respecto del cumplimiento y aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, recordó a los Estados Parte, lo siguiente:

“3. Debido a su carácter básico y general, el principio de no discriminación así como el de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley a veces se establecen expresamente en artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos. El párrafo 1 del artículo 14 establece que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y el párrafo 3 del mismo artículo dispone que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas enunciadas en los incisos a) a g) de este último párrafo. Análogamente, el artículo 25 prevé la igualdad de participación de todos los ciudadanos en la vida pública, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2.

7. Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

10. El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de

ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.”

De esta breve referencia, se extrae que la violación de derechos basada en criterios sospechosos, son contrarias a las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano, por lo que no es dable a ninguna autoridad pública de cualquier nivel, ni a los particulares, acudir a prácticas o normas basadas en ellos.

6.3 En lo que respecta a algunas acciones de tutela revisadas por la Corte Constitucional en situaciones que se fundamentan en criterios sospechosos para efectuar tratos desiguales, se puede observar que los asuntos han variado en cuestiones y problemas relacionados con las áreas:

(i) Laboral, dando cuenta de ello la Sentencia T-230/94 respecto del trato diferenciado de trabajadores sindicalizados o el caso de la T-1219/05, de un trabajador que fue despedido por ocultar información sobre su estado de salud en la entrevista de ingreso. También se registran otras providencias en las que se ordena el reintegro de trabajadores con pérdida de capacidad laboral por la presunción de despido por dicha causa.²⁹

(ii) De la limitación física en contextos no laborales como el revisado en la Sentencia T-1258/08, un ciudadano de talla baja que solicitó modificaciones concretas de accesibilidad a los mostradores de atención al público de la Corte Constitucional, ya que no estaban diseñadas para atender las necesidades de personas con enanismo; o el de la T-340/10, relativa a los incentivos que un ente territorial estableció respecto de atletas que ganaran medallas en los Juegos Olímpicos Nacionales, sin contemplar a los deportistas que también lo hicieran en los juegos Paralímpicos Nacionales.

(iii) De la condición económica como factor de discriminación se destaca la Sentencia T-1042/01, relativa al caso una trabajadora doméstica contra el gerente del edificio “El Conquistador” en la ciudad de Cartagena, el cual estableció la prohibición a los empleados y en especial a la accionante de utilizar los elevadores, reservados a los residentes, propietarios e invitados, y de ordenarles utilizar elevadores destinados para los domésticos, bañistas y el servicio operativo en general. En el referido caso se pudo establecer que se

discriminó a la actora por dos supuestos prohibidos por la Constitución relativos a la condición económica y al origen étnico de la misma.

Dado que el asunto sometido a revisión plantea un problema jurídico relativo a un presunto caso de discriminación en un establecimiento o evento abierto al público, resulta ineludible ampliar las referencias a la ratio decidendi de las Sentencias T-1090/05 y T-131/06.

Demostrada dicha circunstancia, el caso de la Sentencia T-1090/05 aparte de referirse a la procedencia de la acción y al concepto del hecho consumado como causal para la improcedencia de la tutela; trató la doctrina de esta Corporación sobre la valoración de los testimonios sospechosos y la proscripción de la discriminación por motivos de raza. Entre otros apartes relevantes, en las consideraciones de la providencia la Corte estimó:

“6.3. Pues bien, conforme a la definición de categorías o criterios sospechosos (supra 6.1.), esta Sala considera que es necesario resaltar que en varias oportunidades y por medios diferentes, las autoridades de la República aceptan que la población afrocolombiana o afrodescendiente ha sido objeto de sometimiento histórico, de menosprecio cultural y de abandono social. (...)”

Los datos mencionados, al ser contextualizados con la situación socio económica de esta comunidad, dejan ver nítidamente una situación de desprotección y segregación originada en diferentes ámbitos. Todo ello justifica sin lugar a dudas, su status constitucional como sujetos de especial protección, sustenta que se les catalogue como criterio sospechoso cuando quiera que sean objeto de alguna diferenciación y da contenido amplio, preciso y categórico al principio de no discriminación en Colombia.” 30

Frente al caso concreto, se confirmó parcialmente el amparo del derecho a la igualdad destacando:

“Que el acto discriminatorio de dichos establecimientos también constituye una ofensa profunda contra varios de los principios que sustentan nuestra comunidad política y la sociedad internacional. La discriminación por sí misma, tiene la capacidad de lesionar manifiestamente varios de los pilares que comprende el preámbulo y los principios fundamentales de nuestra Constitución. La exclusión o supresión de derechos y libertades de la señorita Acosta Romero, en razón a su raza, constituye franco desconocimiento a los

ideales democráticos, pues impide el desenvolvimiento participativo del sujeto en la sociedad, y supone un quebrantamiento de los designios de convivencia plural, diversidad étnica y cultural, igualdad, paz y justicia.”³¹

En la Sentencia T-131/06 se revisó un caso de discriminación racial al ingreso ante la negativa de un establecimiento público. Se confirmaron los criterios de la providencia antedicha, en los siguientes términos:

“No solo nuestra Constitución Política prohíbe la discriminación racial, pues el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también contempla el principio de no discriminación. Por otro lado, el 20 de noviembre de 1963, la Asamblea General de las Naciones Unidas, proclamó la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la cual profesa en su preámbulo: Considerando que toda doctrina de diferenciación o superioridad racial es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa, y que nada permite justificar la discriminación racial, ni en la teoría ni en la práctica”. Esta resolución hace especial énfasis en el respaldo que, frente a actos de discriminación, se debe efectuar sobre los diferentes ámbitos de acción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, uno de los cuales lo constituye el acceso a los lugares o servicios destinados al servicio público³².

Es claro que, la conducta desplegada por los establecimientos comerciales La Carbonera Ltda y Qka- Yito, es contraria al principio de no discriminación. En consecuencia, la Corte coincide con la decisión tomada por la segunda instancia, en donde se encontró vulnerado el derecho a la igualdad, y por tanto, procederá a confirmarla”.

En síntesis, son variados los casos en que la jurisprudencia constitucional se ha referido al problema de la discriminación. La referida cláusula abierta del artículo 13 de la Constitución permite actualizar la protección de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos en que se pueden presentar sucesos discriminatorios dentro de los cuales no se pueden dejar de un lado que la edad, los ingresos, la clase social, el origen étnico o la apariencia exterior, entre otros, tienen la alta potencialidad de convertirse en factores sospechosos de discriminación.

La ausencia de igualdad en caso de personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados conlleva a la anulación permanente de otros derechos en distintos rangos, que

van desde la seguridad social integral, pasando a situaciones básicas como el acceso y la permanencia en el trabajo, la educación o en el aspecto recreativo el ingreso a eventos o establecimientos abiertos al público como discotecas, bares, restaurantes, centros comerciales, ferias y similares.

Dicho lo anterior, la Corte encuentra necesario aclarar que en ejercicio de la iniciativa privada o en el ejercicio de potestades públicas se puede negar el ingreso a establecimientos o eventos abiertos al público, bajo el uso razonable y fundamentado del derecho de admisión y permanencia. Lo anterior, siempre y cuando la limitación no se efectuó bajo el uso de criterios sospechosos o en personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados. Por tanto, no toda limitación per se puede considerarse discriminatoria de derechos fundamentales.

De allí, que incluso la edad pueda ser usado como un criterio restrictivo, el cual podría estimarse como sospechoso, dicha apreciación se encuentra fundamentada y necesaria cuando se trata de impedir el ingreso de menores de edad a espectáculos abiertos al público para adultos, tales como bares, discotecas, salas de cine y obras de teatro con clasificación de contenidos por representaciones explícitas de sexo y violencia, etc.

7. Reglas jurisprudenciales aplicables a tratos discriminatorios basados en criterios sospechosos

Conforme a lo expuesto en la presente providencia, está prohibida la discriminación directa o indirecta, dirigida a todas aquellas personas o grupos históricamente o marginados que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Se pueden destacar como criterios sospechosos de discriminación los siguientes:

- El sexo, la orientación sexual o la identidad de género;³³
- La raza;
- El origen nacional o familiar al igual que el étnico o de cualquier índole;
- La lengua;

- La religión;
- La opinión política o filosófica;
- La pigmentación o el color de la piel;
- La condición social y/o económica;
- La apariencia exterior;
- La enfermedad, la discapacidad o la pérdida de la capacidad laboral;

Ante la verificación de conductas o actos de diferenciación en los presupuestos anteriormente expuestos, el juez constitucional deberá contemplar en cada caso concreto que los criterios sospechosos son categorías que:

- (i) Se fundamentan en rasgos permanentes y connaturales de las personas, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad o libre desarrollo.
- (ii) Históricamente han sido sometidos, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlos y/o segregarlos.
- (iii) No constituyen, per se, razonamientos con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.
- (iv) Cuando se acude a ellas para establecer diferencias en el trato, salvo la existencia de una justificación objetiva y razonable presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad.³⁴

Conforme a lo anterior, es importante tener en cuenta en los casos que presenten problemas jurídicos basados en criterios sospechosos de discriminación, lo relativo a la carga probatoria y al papel del juez de tutela en el análisis del caso.

8. La prueba de los actos discriminatorios y el deber probatorio del juez en materia de tutela

8.1. Para la Sala no es ajeno que en muchas ocasiones los actos discriminatorios son de difícil o compleja prueba. En virtud de ello la jurisprudencia ha señalado que en casos de

discriminación la carga de la prueba se traslada a la persona que pretende tratar de forma diferenciada a otra y no en quien alega la vulneración del derecho a la igualdad. Lo anterior encuentra sustento en la naturaleza misma del acto sospechoso y en la necesidad de proteger las personas o colectividades señaladas anteriormente.

Sobre el traslado de la carga de la prueba en actos discriminatorios, la Corte en la Sentencia T-098/94 expresó:

“Los 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.”³⁵

En la Sentencia T-741/04 se efectuó una importante precisión sobre la carga probatoria en los procesos de tutela. La providencia explica que si bien la carga radica en la parte fuerte de la cual se alega la vulneración, también debe tenerse en cuenta que aquel que pueda probar lo haga sobre la base de la carga probatoria, así:

“La regla general en materia de pruebas en los procesos de tutela consiste en que quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación en la medida en que ello le sea posible³⁶; por tal razón, en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar -con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe- aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar lo alegado en su contra. Así ha sucedido, por ejemplo, en múltiples casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral³⁷.

La justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás

materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal. Por eso, en materia de tutela, la regla no es “el que alega prueba”, sino “el que puede probar debe probar”, lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos.”

Visto lo anterior es claro que ante la complicada pero no imposible prueba de los actos discriminatorios, es la persona de quien se alega la ejecución del acto discriminatorio la que debe desvirtuar la presunción de discriminación. Aunque lo anterior no riñe con que la persona afectada aporte las pruebas en el evento que pueda hacerlo. Así, el sujeto pasivo de la discriminación deberá demostrar (i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo.³⁸

8.2. Finalmente, es muy importante subrayar que el juez constitucional tiene la obligación de valorar con especial detenimiento el acervo probatorio que obra en el expediente para establecer si la tutela de los derechos es procedente como mecanismo para que la igualdad sea real y efectiva respecto de personas o grupos discriminados. En cumplimiento de tal propósito, al operador judicial le asiste la responsabilidad de dilucidar la existencia o no de la discriminación desplegando las herramientas posibles para ello, por supuesto dentro supuestos razonablemente posibles y en armonía con el ordenamiento jurídico.

Así, en cuanto al deber probatorio del juez, en la Sentencia T-1090/05 se especificó que éste no debe dejar de un lado la necesidad de la participación activa y diligente tanto en la práctica como en el análisis de los elementos probatorios para resolver de fondo el caso, en la providencia la Corte concluyó:

“El ejercicio autónomo de administrar justicia conlleva la responsabilidad de apreciar en su conjunto todos los elementos que se alleguen al proceso. La negativa a practicar o apreciar pruebas es una capacidad excepcional del juez que debe estar justificada explícitamente por la Constitución y la Ley. De otra manera, es decir, si el caudal probatorio no tiene ninguna falencia o anomalía debe ser valorado objetivamente. Además, el papel del juzgador dentro

de un proceso que busca amparar los derechos fundamentales requiere del mismo una participación activa y diligente, más si se tiene en cuenta que dentro él los ciudadanos actúan directamente sin la asesoría de un profesional del derecho. En suma, teniendo en cuenta el poco tiempo del que se dispone para practicar las pruebas que se decreten de oficio o conforme a la solicitud de tutela, el juez debe hacer lo posible por maximizar los objetivos de su práctica evitando en extremo que éstas sean desechadas o no tengan valor al momento de decidir.”³⁹ Subrayado por fuera del texto original.

Sobre la base de argumentos como el anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que en materia probatoria la autoridad judicial en sede de tutela se encuentra cobijada por las normas procesales generales, consagradas en el Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual, está obligada a fundamentar sus decisiones en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso,⁴⁰ así como a analizar los distintos medios probatorios en su conjunto y atendiendo a las reglas de la sana crítica.⁴¹ Es más, se ha reiterado que quien conoce la pretensión de amparo debe atender al principio de oficiosidad (Decreto 2591 de 1991, artículos 19, 21 y 32), conforme al cual puede y debe practicar aquellas pruebas que considere necesarias para acreditar los hechos sometidos a su conocimiento y en torno a los cuales gira el problema jurídico que le corresponde resolver.⁴²

9. Jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI). La orientación sexual y la identidad de género como criterios sospechosos de discriminación

9.1. En lo relativo a la orientación sexual como criterio de discriminación, esta Corporación ha especificado que el Estado como garante de la pluralidad de derechos, debe proteger la coexistencia las distintas manifestaciones humanas, por lo que no puede vulnerar la esfera privada, a menos que con el ejercicio del derecho se desconozcan ilegítimamente los derechos de los demás o el orden jurídico. Por tanto se debe propugnar tanto por las autoridades públicas como por parte de los particulares que las actitudes ante las expresiones sexuales diversas propias de la comunidad LGBTI, se abstengan de imponer criterios o cánones específicos basados en esquemas heterosexistas. Es lo que la doctrina autorizada ha denominado “la coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones

legislativas.” 43

Como evidencia de las afirmaciones anteriores se puede observar como en la Sentencia T-594/93 se han reconocido los derechos al pluralismo, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la identidad. Allí se confirmó el fallo de un Juez del Circuito de Cali que autorizó y ordenó a un Notario de dicha ciudad a reconocer a un ciudadano nacido hombre para que se cambiara a nombre femenino. Dijo entonces la Corte:

“Es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino, o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su modo de ser, de su pensamiento y de su convicción ante la vida.

(...)

La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.”

Así mismo, en la Sentencia T-097/94 la Corte estudió el caso de un estudiante de una escuela militar en la cual había sido sancionado por efectuar “actos de homosexualismo”. En dicha providencia la Corte precisó que la mera condición gay de una persona no puede ser forzosamente motivo de exclusión. En consecuencia, indicó que:

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

de ser o una opción individual e íntima no sancionable. Otra cosa ocurre con las prácticas sexuales [de cualquier persona], dentro de cuarteles y escuelas, así como con las demás manifestaciones externas de este tipo de conducta que, si interfieren con los objetivos, funciones y disciplina, legítimamente instituidos, bien pueden ser objeto de sanción.”

En similar sentido, en la Sentencia T-539/94 la Corte analizó la tutela interpuesta contra del Consejo Nacional de Televisión, quien negó a presentar el comercial denominado “referencia-Beso-duración 40”, donde aparecían dos hombres que se besan y luego se alejan caminando, abrazados, por la Plaza de Bolívar de Bogotá, lugar donde se desarrollaba el comercial. En la citada providencia, ante la sospecha de uso de un criterio prohibido por la Constitución, la Corte determinó:

“Los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual. Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia. Un trato justo, hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. Si los homosexuales adoptan una conducta diferente, a la de los heterosexuales no por ello jurídicamente carecen de legitimidad. En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual.”

Igualmente, en la Sentencia T-101/98 este Tribunal revisó el asunto de dos estudiantes a quienes se les negó el cupo en una institución educativa por su presunta relación afectiva homosexual. En relación con la discriminación de personas gay, manifestó:

“La homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su

específico estilo de vida.”⁴⁴

En la Sentencia T-268/00, relativa a una acción de tutela interpuesta contra la Alcaldía de Neiva la cual había prohibido organizar un reinado travesti en un sitio público. La Corte sostuvo:

“La mera trascendencia social de la condición “gay” en sus diferentes manifestaciones, no puede ser considerada a priori como una razón válida para establecer mecanismos de discriminación e impedir con ello la expresión pública de la condición homosexual. Si bien se ha reconocido que la diversidad sexual involucra aspectos que pertenecen al fuero íntimo de las personas, ello en modo alguno indica que el único foro posible para la afirmación y manifestación de esa diversidad está restringido o limitado a un ámbito exclusivamente personal. Un discurso en ese sentido nos llevaría al absurdo de concluir, que la protección constitucional al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad que consagra la Carta, se circunscribe a espacios restringidos o ghettos, y que por fuera de ellos, existen unos criterios institucionalizados, morales y de comportamiento, impuestos por el Estado, que no pueden ser rebasados por los ciudadanos, ni aún como expresión de su identidad e individualidad.”

En similar sentido puede consultarse la Sentencia T-435/02, en la que se revisó la problemática de una estudiante a quien se le canceló la matrícula en una institución educativa religiosa debido a la duda respecto de su orientación sexual. En aquella ocasión la Corte reiteró que:

“Concretamente, la sexualidad aparece como un elemento consustancial a la persona humana y a su naturaleza interior, el cual, necesariamente, hace parte de su entorno más íntimo. La prohijada protección constitucional del individuo, representada en los derechos al libre desarrollo de su personalidad e intimidad, incluye entonces, en su núcleo esencial, el proceso de autodeterminación en materia de preferencias sexuales. En este sentido, la Corte ha considerado que si la autodeterminación sexual del individuo constituye una manifestación de su libertad fundamental y de su autonomía, como en efecto lo es, ni el Estado ni la sociedad se encuentran habilitados para obstruir el libre proceso de formación de una específica identidad sexual, pues ello conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente.”

En materia de sentencias que hacen referencia a los derechos de miembros de la comunidad LGBTI o en los que se ha hecho reseña expresa a criterios sospechosos relacionados con esta, puede consultarse la Sentencia T-808/03 donde se protegieron los derechos de una persona gay retirada de la organización Scout de Colombia, debido a su orientación sexual.

En este caso la Corte amparó los derechos invocados y avanzó en el sentido de recordar que las instituciones privadas también tienen la prohibición de no discriminar a las personas por motivo de su condición sexual. Sobre el particular dijo la Corporación:

“La Sala encuentra que independientemente de la condición sexual del actor, la asociación demandada no está autorizada para no renovar su inscripción, pues como primera medida en ningún momento se refirió a la condición gay del actor, siendo éste el motivo principal de la acción de tutela, y dados los antecedentes que se presentan en los que se vislumbra, que coincidentalmente después de que el demandante defendió un proyecto de ley, reconociendo su condición sexual, fue retirado de la asociación, sin más argumento que la defensa de sus estatutos y sin consideración a la trayectoria del demandante como miembro scout, la que ha sido llena de condecoraciones y un buen comportamiento que garantiza los objetivos de la Institución. Por tanto, si bien es cierto que una organización se rige bajo sus propios principios y reglamentos, también lo es que, no puede el reglamento interno de una asociación, ser arbitrario, discriminatorio y desconocer derechos protegidos constitucionalmente, pues, se repite esto le está prohibido inclusive a la ley.”

Así mismo, en Sentencia T-301/00 la Corte revisó la denuncia de un trabajador sexual gay que demandó a la policía del Magdalena debido a la prohibición expresa de ubicarse en cierto sector de la ciudad de Santa Marta. En dicho asunto el actor aseguró que las detenciones y los hostigamientos eran debido a la orientación homosexual de los trabajadores. El comandante de policía del Magdalena, entre otros argumentos, manifestó que si bien en otros lugares la conducta de personas homosexuales es normal, en la costa caribe colombiana aquellas manifestaciones daban al traste con las buenas costumbres de los “ciudadanos de bien”. En la citada providencia se aplicó un test estricto de igualdad, puesto que el fundamento del trato discriminatorio se basó en criterios sospechosos derivados de la tensión entre la condición sexual y salvaguarda de la moral pública:

“(…) no se ve cómo se resguarda el fin constitucionalmente protegido –la guarda de la moral

social- con la restricción casi absoluta de circulación a un grupo de ciudadanos y con las detenciones administrativas de las cuales son objeto. Es necesario reiterar que el hecho de tener cierta preferencia sexual (que no dañe derechos de terceros) hace parte del derecho a definir los propios planes de vida y a desplegar en consecuencia la vida de relación, sin que ello pueda ser limitado por los prejuicios personales de los funcionarios con facultades de policía”.

Posteriormente, en la Sentencia T-152/07, ante la negativa de una constructora en contratar a un obrero de condición transexual, la Corte recordó que respecto de la identidad de género como criterio de discriminación se debe tener en cuenta que en materia laboral:

“En el momento de contratar, no debe haber diferencia alguna en razón del sexo, raza, categoría social y que el trato diferente está reservado para fenómenos que puedan presentarse, no obstante que se fundamente en motivos razonables que justifiquen la diferencia. Cada caso particular debe analizarse, aplicando la regla de justicia, según la cual, hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, pues se debe partir del supuesto de que todas las personas, como sujetos de derechos, deben ser tratadas con la misma consideración y reconocimiento, y que, todo tratamiento distinto, debe justificarse bajo argumentos donde prime la razonabilidad y la proporcionalidad.”

De igual manera la jurisprudencia ha protegido a personas gay frente al ejercicio de la sexualidad en recintos carcelarios, como en la Sentencia T-1096/04 en el caso de un hombre homosexual que por su condición era víctima de violación sexual en la cárcel, sin que las autoridades lo protegieran.⁴⁵ O el caso de la Sentencia T-499/03, de una lesbiana recluida en establecimiento carcelario que solicitaba la visita íntima de su pareja. En dicha ocasión la Corte evidenció la necesidad de que la Defensoría del Pueblo adelantara las acciones judiciales y administrativas conducentes a fin de que el Ministerio del Interior y Justicia reglamentara las visitas íntimas en los centros de reclusión, considerando el ejercicio de la sexualidad en condiciones de igualdad y dignidad.

9.1.2. De otra parte, en lo relativo a los derechos de las parejas del mismo sexo, en control abstracto de normas son variados los reconocimientos que la jurisprudencia ha realizado. Así por ejemplo debe recordarse el asunto contenido en la Sentencia C-481/98 en el que se declaró inconstitucional la norma que establecía como falta disciplinaria la “homosexualidad”

en el ejercicio docente. En la providencia se fijaron las pautas sobre las cuales se deben analizar situaciones de discriminación frente a personas LGBTI. Entre otros relevantes apartes, la Corte puntualizó:

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

(...)

Conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto.” Énfasis por fuera del texto original.

También, se registra la Sentencia C-373/02, por medio de la cual se declararon inexecutable

los numerales 1° y 6° del artículo 198 del Decreto 960 de 1970 que establecían el homosexualismo como inhabilidad para ejercer el cargo de notario.

De igual modo, al interior de las fuerzas castrenses se declaró no ajustada a la Carta las disposiciones que establecían la prohibición de tener relaciones con personas homosexuales o realizar actos homosexuales (Sentencia C-507/99). Como en similar sentido en la Sentencia C-431/04 se retiraron del régimen disciplinario de las fuerzas armadas alusiones negativas hacía la comunidad LGBTI.

Finalmente, cabe señalar que en la jurisprudencia se destaca el reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo, entre las que se encuentra la Sentencia C-075/07 respecto de derechos patrimoniales; la C-336/07 relativa a la sustitución pensional del compañero permanente del mismo homosexual; la C-811/08 en cuanto a la afiliación al sistema de seguridad social en salud como beneficiario del compañero (a) permanente, la C-798/08 sobre el derecho entre compañeros (as) permanentes a brindar alimentos; y recientemente el de la Sentencia C-029/09, que reconoce los derechos de las parejas del mismo sexo como al patrimonio de familia inembargable y afectación de bienes inmuebles a vivienda familiar, derechos migratorios para las parejas, a la garantía de no incriminación en materia penal, al beneficio de prescindir de la sanción penal y circunstancias de agravación punitiva, al ejercicio de la función pública y a la celebración de contratos estatales, entre otros.

Conclusión

De lo anteriormente expuesto se tiene que si bien es claro que la Corte Constitucional ha estudiado mayoritariamente reclamos efectuados para la protección y defensa de derechos de las personas con orientación sexual diversa, particularmente frente a situaciones de personas gais, sería un error afirmar que la protección se extiende solo a este segmento de la comunidad, ya que no son los únicos que ejercen su sexualidad de forma distinta a la heterosexual.

Sobre este aspecto se debe hacer distinción entre sexo biológico, orientación sexual e identidad de género, de dichas categorías es posible afirmar que además de los heterosexuales y los homosexuales, también existen las lesbianas como los bisexuales que a pesar de ser hombres o mujeres, se sienten atraídos por ambos sexos y no solo por uno de ellos. Además coexisten, por ejemplo personas transexuales, que tienden a ser hombres o

mujeres que no se sienten atraídos por su propio sexo, sino mujeres que se consideran en cuerpos de hombres u hombres en cuerpos de mujeres.⁴⁶

Por último y de lo identificado por los teóricos a la fecha, se encuentran los intersexuales, que podrían entenderse como la condición de una persona que ostenta simultáneamente desde el punto de vista biológico elementos variables tanto femeninos como masculinos.⁴⁷

En este punto es plausible advertir que se podría hablar de orientación de la sexualidad o rol de género cuando se trata de lesbianas, gais y bisexuales, ya que ellos están relacionados con un proceso social y cultural que determina un sexo específico, no como criterio esencial de identificación ni mucho menos como categorías únicas. Distinto a la identidad de género que reconoce a cada individuo su condición de hombre, mujer o transexual, marcando una diferencia en este último ya que la relación se da entre el individuo y el proceso cultural.⁴⁸ Así, como teniendo en cuenta el caso de los intersexuales o hermafroditas, que aunque comparten lo anterior a posteriori, a priori están determinados por un hecho impuesto desde el nacimiento.⁴⁹

10. Políticas públicas orientadas a eliminar las causas que propician o permiten la discriminación de la población LGBTI en Colombia

Como fue referido en los antecedentes de esta providencia, el 03 de marzo de 2011 se procedió a solicitar a distintas entidades e instituciones del Estado que informaran, dentro de la órbita de sus funciones y competencias, cuáles han sido las políticas públicas orientadas a eliminar las causas que propician o permiten la discriminación de la población LGBTI.

Concretamente, la Corporación interrogó sobre el aspecto relacionado con políticas públicas que se adelantan o se hubiesen llevado a cabo enfocadas en eliminar las causas que propician o permiten la discriminación de la población de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales.

A continuación se relacionan las respuestas que los organismos allegaron:

10.1. Defensoría del Pueblo

El representante constitucional de la entidad, manifiesta que la Defensoría en ejercicio de sus competencias ha elaborado propuestas y recomendaciones a fin de garantizar la promoción

y el respeto de los derechos constitucionales por parte de las distintas autoridades públicas.

Señala que hace más de cinco años se identificó la necesidad de propiciar iniciativas de distinto tipo para avanzar en la lucha contra la discriminación y lograr así una mejoría en el goce y ejercicio de sus derechos por parte de poblaciones, grupos y colectivos tradicionalmente discriminados, tarea que le fue encomendada a la Defensoría Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales. Dentro de ellas resalta las acciones de tipo legislativo y aquellas relacionadas con la sensibilización social de funcionarios públicos en particular, que ha implementado la Defensoría Delegada para luchar contra la discriminación -dentro de las que se hace alusión específica a la comunidad LGBT, en las siguientes líneas de acción:

(i) “Estatuto Antidiscriminación”: proyectos de ley estatutaria Núm. 68 de 2007 Senado, 66 de 2008 Cámara y 103 de 2009 Cámara, iniciativas dentro de las cuales se han contemplado derechos y garantías para las personas del colectivo LGBT (en los ámbitos laboral, educativo, de seguridad social y salud, etc.) y estrategias para la inclusión de sus particulares necesidades en el diseño y ejecución de políticas públicas, entre otros asuntos.⁵⁰

(ii) Proyecto y Plan de Acción 2006-2008: “Bogotá Plural: un lugar para la diversidad”. En virtud del cual se elaboraron y difundieron, entre la ciudadanía en general y servidores públicos del Distrito Capital, piezas comunicacionales -afiches, pendones, eucoles (publicidad en paraderos de buses), carpetas, postales, folletos, botones y un video- alusivos al respeto por la diferencia, dentro de las que se encontraban algunas relacionadas con parejas del mismo sexo y personas transgeneristas.⁵¹

(iii) De otra parte, la Defensoría del Pueblo señala que intervino en el proceso de inconstitucionalidad contra expresiones contenidas en distintas disposiciones legales, cuyo trámite concluyó con la Sentencia C-029 de 2009. En esa ocasión, explica la Entidad apoyó los cargos de los demandantes en los que se planteaban diferencias de trato injustificadas entre parejas heterosexuales y homosexuales en situaciones asimilables, restrictivas de los derechos de los integrantes de estas últimas, y por tanto, contemplativas de un déficit de protección contrario a la Constitución.

(iv) Señala que la Defensoría Delegada, además, ha participado en el Proyecto LGBT “País Diverso con Derechos”, liderado por la Personería de Medellín y auspiciado por la Federación

Nacional de Personerías -Fenalper-. Precisa que en el marco de tal proyecto, se llevó a cabo un primer taller (del 11 al 13 de junio de 2009) con algunos/as personeros/as de diferentes municipios del país, denominado “Documentación y seguimiento de casos de discriminación a la población LGBTI”, el cual fue apoyado por la Defensoría Delegada con una exposición sobre su trabajo en la lucha contra la discriminación -en particular hacia la población LGBT- y las herramientas jurídicas y pedagógicas actualmente disponibles para abordar, desde el Ministerio Público, diferentes problemáticas de la población LGBT.

(v) Agrega que esa dependencia participó en la construcción del eje temático de lucha contra la discriminación y promoción del respeto a las identidades, del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, cuyo contenido se espera sea dado a conocer próximamente por la Vicepresidencia de la República.

(vi) Afirma que la Defensoría Delegada ha participado igualmente en convocatorias lideradas por el Ministerio del Interior para la construcción de una política pública nacional para la población LGBT.

(vii) A nivel interno señala que se ha adelantado un proceso de sensibilización sobre el respeto y reconocimiento del derecho a la igualdad y la no discriminación entre (junio-julio 2009). En especial con talleres, inicialmente dirigidos a todas las personas vinculadas laboralmente a once (11) Defensorías Regionales, en el que se buscó diagnosticar la percepción y el grado de conocimiento que sobre el tema tiene la ciudadanía, así como sensibilizar a los servidores/as frente a aquellas conductas discriminatorias que pueden ser asumidas y deben eliminarse en el desempeño laboral y, por qué no, personal. Este proceso ha requerido realizar énfasis, particularmente, en la situación de discriminación que soporta la población LGBT.

10.2. Procuraduría General de la Nación

El actual Procurador Delegado en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos informa que mediante Resolución Núm. 316 del 02 de octubre de 2010, proferida por el Procurador General, se crearon los grupos de trabajo de la Procuraduría Delegada, dentro de los cuales figura el grupo de asuntos étnicos y minorías sexuales, al cual se le asignaron las funciones relacionadas con la prevención de las violaciones a los derechos de este sector de la población, particularmente la de adelantar labores de seguimiento a las políticas públicas

relacionadas con la materia.

Comenta que en desarrollo de dichas funciones se formuló la Acción Preventiva Núm. 04 del 5 de febrero de 2010 denominada “Fortalecimiento de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación en materia de derechos de la población LGBTI”. Política que comprende varios componentes, entre ellos uno de capacitación, a través de los cuales se ha venido avanzando en el fortalecimiento institucional para atender las demandas y quejas presentadas por los integrantes de esta población.

10.3. Fiscalía General de la Nación

Sin adjuntar o referenciar información al respecto, el Director Nacional de Fiscalías (e), expuso que la entidad está desarrollando proyectos dirigidos a la orientación sexual y a la identidad de género de la comunidad LGBTI, los cuales se encuentran encaminados a proteger sus derechos, de manera urgente y apropiada dentro del principio de igualdad.

De otra parte, señala que conforme a la Constitución y a la ley le corresponde adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar investigación de los hechos que lleguen a su conocimiento y que éstos revistan características de delito, acusando a los presuntos infractores de la ley.

10.4. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF responde que sí existe en la actualidad una política pública relacionada con la población LGBTI en el instituto, habida cuenta que el Estado colombiano ha reconocido la obligación constitucional de proteger la diversidad étnica y cultural del país, deber que se concreta en importantes avances en los marcos legales de protección de los derechos individuales y colectivos de los colombianos precisa que el ICBF ha incluido en todos sus lineamientos técnicos la perspectiva de género.

Señala que ha sido prevalente la adopción del enfoque diferencial en sus lineamientos, plasmando acciones que fortalecen el reconocimiento, la representación, la inclusión y la visibilización de los grupos étnicos y culturales que integran la Nación, partiendo del principio del derecho a la igualdad y teniendo en cuenta que no todas las diferencias de trato constituyen discriminación, siempre y cuando los criterios para tal diferenciación sean

razonables y que el objetivo sea lograr un propósito legítimo. Sobre la base de este principio, es pertinente partir de una diferenciación positiva y no de una discriminación positiva, encontrando que ciertos grupos de personas tienen necesidades de protección diferenciales a raíz de sus situaciones específicas y en algunos casos de vulneración o vulnerabilidad. Lo anterior, con base en la aplicación de la perspectiva de género contemplada en el artículo 12 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.

Precisa que según los lineamientos Técnicos para el Marco General y orientaciones de políticas públicas y planes territoriales en materia de infancia y adolescencia, aprobados por la Dirección General del ICBF mediante Resolución 910 de 2007, aplicables a todas las entidades integrantes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se debe buscar progresivamente y con el concurso activo de instituciones y ciudadanía, que los niños, las niñas y los adolescentes, logren su “pleno y armonioso desarrollo en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; lo anterior en la prevalencia del reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana y sin discriminación alguna”. En cuanto a las concepciones y prácticas relacionadas con la infancia y la adolescencia, señala el mismo lineamiento que se debe “asumir en la práctica cotidiana y en los distintos servicios el enfoque diferencial, que exige acciones acordes con la diversidad humana en cuanto género, etnia, capacidades diferenciadas o discapacidad, ciclos de vida, diversidad sexual, condiciones de vulnerabilidad (enfermedades crónicas o discapacitantes, condiciones de precariedad económica, orfandad) y otras condiciones diferenciales biológicas o socioculturales.”

Igualmente, estima que en las directrices técnicas para la inclusión y atención de familias, aprobados mediante Resolución 2366 del 24 de septiembre de 2007, el ICBF incluye el tema de género, por ejemplo en la Política Haz Paz, la cual trata que será a través de estrategias pedagógicas y de la apropiación de contenidos y habilidades como se buscará fortalecer factores protectores de la pareja, la familia y la comunidad como medio de prevención de la violencia intrafamiliar y lograr un cambio cultural necesario para formación de familias democráticas, tolerantes de las diferencias, respetuosas de la dignidad y de los derechos de sus miembros sin distingo de edad, género, cultura o capacidad física o intelectual.

10.5. Ministerio de Defensa Nacional

La Directora de Derechos Humanos y la Coordinadora del Grupo de Instrucción y Seguimiento a las Políticas de la institución manifiestan que, frente a la población LGBTI el Ministerio de Defensa expidió la Directiva Permanente Núm. 14/2006 donde se implementa la integración de la enseñanza sistemática de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario que establece criterios para impartir instrucciones claras frente al derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los miembros activos de la institución. Adicionalmente, se viene cumpliendo con lo preceptuado en el artículo 26 de la Carta Política en relación con la libertad de escogencia de profesión u oficio de las personas que estén interesadas en el ingreso a las Fuerzas Militares o la Policía Nacional.

De la misma forma, señala que desde el año 2008 se viene implementando la Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, documento marco que describe lineamientos, delimita los objetivos y establece los programas que en materia de derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario deben conocer y desarrollar las Fuerzas Militares, donde sea pertinente, la Policía Nacional. Señala que es la hoja ruta que enmarca el comportamiento de la Fuerza Pública en el desarrollo de las operaciones.

Especifica que la política integral cumple con tres propósitos: (i) articular el sistema de enseñanza de DDHH y DIH que desde hace más de una década ha puesto en práctica el Ministerio de Defensa Nacional; (ii) adecuar los métodos de instrucción en DDHH y DIH a las necesidades de la Fuerza Pública en el contexto actual; y (iii) integrar todas las capacidades de que dispone la Fuerza Pública para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de DDHH y DIH. Expone que la integralidad tiene un sentido pleno ya que no se trata simplemente de fortalecer la instrucción, sino de revisar y robustecer todos los instrumentos con que cuenta la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de estos deberes y obligaciones. Se trata de establecer un marco normativo claro cuya Instrucción y control sea parte sistémica de toda la actividad de la Fuerza Pública.

Así mismo, explica que con el fin de cumplir con lo preceptuado en la Política Integral de Derechos Humanos y DIH en la atención a los grupos especiales, donde busca garantizar los Derechos y libertades de los ciudadanos colombianos al igual que integrantes de la comunidad LGBTI, la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa cuenta con

un asesor encargado de la comunidad LGBTI que tiene como función la interlocución con esta población diversa frente a situaciones concretas en casos de presunta violación de derechos humanos y para atender las dudas al respecto que genere al momento de definir situación militar; de igual forma, la citada Dirección, en el año 2009, inició un proceso de interlocución con representantes de estas comunidades a nivel nacional, estableciendo la Directiva Administrativa Transitoria Núm.058 del 22-04-09.

Destaca que ante el impacto de las acciones adelantadas y con el fin de consolidar los resultados alcanzados, se presentó para la vigencia 2010, la Directiva administrativa de carácter permanente Núm. 006 del 24 de febrero de 2010 sobre las “Garantías y respeto a los derechos de la comunidad LGBTI”, con el objetivo de transmitir a la comunidad LGBTI la trascendencia de participar con la Policía Nacional en la búsqueda de espacios de diálogo encaminados a mitigar los niveles de desigualdad. Finaliza que en cumplimiento de estas acciones se han realizado una serie de actividades como talleres y charlas en las unidades del país orientadas a la capacitación y sensibilización del personal militar y policial en los temas de diversidad sexual. Adiciona que desde la Policía Nacional se encuentra en preparación la primera publicación institucional en el tema denominado “Direccionamiento Policial Basado en el Humanismo – Interlocución con la Comunidad con Diversidad Sexual”, en donde se promueve el conocimiento de jurisprudencia concerniente a la temática como la primera declaración sobre orientación sexual e identidad de género de la Asamblea General de las Naciones Unidas realizada el 18 de diciembre de 2008 y herramientas como la política pública adoptada por el Concejo de Bogotá mediante acuerdo No.371 del 01 de abril de 2009.

10.6. Ministerio de Relaciones Exteriores

El Director de Talento Humano del Ministerio señaló que al interior de la entidad no se ha detectado y tampoco ha sido objeto de denuncia alguna, la existencia de prejuicios, de situaciones de discriminación, de actos de exclusión o de violencia, originados en la orientación sexual del servidor público. Tanto así que dada la actitud abierta, respetuosa y tolerante al interior de la cancillería muchos de los funcionarios tanto de la planta interna, como del servicio exterior, han manifestado para todos los efectos la existencia de parejas

del mismo sexo sin temor a ser discriminados. Anexa la consulta elevada por la Dirección de Protocolo en relación con los derechos de parejas del mismo sexo.

Adicionalmente indica que una vez acreditada la unión marital de hecho por parte del funcionario cuya pareja es del mismo sexo, la Cancillería ha reconocido los beneficios laborales que establece de manera expresa la ley.

10.7. Ministerio del Interior y de Justicia

El Director de Asuntos Indígenas, Minorías y Gitanos Rom del Ministerio informó que la entidad está comprometida con dar total cumplimiento a las funciones que le han sido otorgadas legalmente dentro de las cuales se estipulan la asistencia y apoyo de la población LGBTI con el fin de garantizar y proteger sus derechos, ya que se trata de una población históricamente discriminada y marginada.

Precisa que el artículo 13 del Decreto 4530 de 2008 establece como funciones de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom, “Diseñar programas de asistencia técnica, social y de apoyo a la política para las comunidades indígenas, rom y poblaciones LGTB – lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.”

En cumplimiento de lo anterior señala que el documento denominado “encuentro regionales- construcción y formulación de la política pública nacional LGBTI”, contiene las conclusiones del primer encuentro nacional de organizaciones sociales LGBTI “por el respeto de la Constitución”.

Relata que para el encuentro se convocó a un universo de 205 organizaciones y activistas, de las cuales acudieron 109. La agenda de trabajo fue sugerida por estos mismos, respetando la autonomía del sector. Como requisito para participar en este evento, se envió una encuesta con cinco puntos por desarrollar: 1) Hoja de vida de la Organización o activistas; 2) Acciones afirmativas ejercidas a favor de la comunidad LGBTI; 3) Compromisos asumidos por las organizaciones y activistas después del encuentro; 4) Necesidades de carácter nacional identificadas por el sector; y por último 5) Problemáticas de la población LGBTI en su municipio. Éste último punto se trabajó en una matriz y sirvió como insumo para ilustrar, a partir de los señalamientos indicados por los miembros de la población, la situación en que se encuentra la comunidad LGBTI a nivel nacional con las respectivas variaciones regionales.

Según el diagnóstico, el problema núcleo que habita las vidas de quienes pertenecen al sector LGBTI es la discriminación y la intolerancia hacia la diversidad sexual. Señala que hay una deficiencia en el fomento de una cultura de respeto por la diferencia, que homogeniza la sociedad sin reconocer los factores que hacen del individuo un ser único. Aún cuando se ven poco a poco espacios y manifestaciones de respeto e inclusión, sobre todo en las grandes ciudades, el país sigue manteniendo una estigmatización cultural que rechaza orientaciones, identidades y expresiones sexuales diversas. Por lo que la discriminación se hace evidente en la carencia de reconocimiento público y privado de las minorías sexuales en las distintas áreas del desarrollo humano, dificultando la difusión de una convivencia respetuosa, tolerante y sana tanto en los espacios compartidos como en espacios familiares e íntimos. El documento sostiene lo siguiente:

“Entre los señalamientos se resalta un ambiente generalizado de intolerancia e irrespeto, que trae como resultado el temor y el miedo de los miembros de la población LGBTI. Este se ve reflejado no solo en el mantenimiento de su identidad o su orientación sexual reprimida y oculta, sino en la fragmentación de la comunidad, la cual entra en conflicto por ideales culturales divergentes sobre el sexo y el género. La baja autoestima, parálisis, depresión e incluso el odio han generado un aislamiento social que se va construyendo desde temprana edad en espacios de socialización como escuelas y lugares de recreación. El resultado, según han identificado algunos activistas, es la agresión física y simbólica y una ruptura eminente en ámbitos de convivencia ciudadana.

1 Para demostrar dicha afirmación acude a una corresponsalía publicada por el diario capitalino “El Tiempo”, en el tiempo.com de marzo 4 de 2005 enviada por la agencia EFE, que hace referencia a la mayor tendencia Suicida de los Homosexuales. Así mismo, hace referencia abstracta al texto “Homosexualidad”, del autor Mauricio Rubiano Carreño.

2 Informes obrantes a folios 30 y 34 del cuaderno de revisión.

3 Los accionados Carlos Felipe Dávila y Olga María Chacón, con antelación a la fecha de la diligencia de recepción de testimonios, solicitaron interceder por medio de apoderada. La solicitud fue concedida por parte del magistrado sustanciador en auto del 05 de agosto de 2010. (Folio 15 del cuaderno de revisión).

4 El texto de los testimonios y las pruebas allegadas en la diligencia constan en los folios 130 a 141 del cuaderno de revisión. Por medio de auto de 20 de agosto de 2010 se corrió traslado de los testimonios recibidos. Al respecto pueden observarse el auto y las constancias de notificación obrantes en los folios 123 a 129 del cuaderno de revisión.

5 Folio 119 del cuaderno de revisión.

6 Dada la importancia del aporte del Ministerio Público, apartes relevantes del concepto serán expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

7 A pesar de lo anterior, la Corte en Sentencia C-134/94, explicó que la acción de tutela procede para proteger todos los derechos fundamentales de las personas, por lo que no resulta lógico realizar una exclusión respecto de cuáles derechos pueden ser amparados y cuáles no. Lo que llevó a esta Corte a declarar inexequibles apartes del artículo 42 del Decreto mencionado, ya que debe entenderse “que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.” Recientemente esta Corporación en la Sentencia C-378/10 declaró inconstitucional la expresión domiciliarios del numeral 3º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

8 Sentencia T-100 de 1997. En sentido similar, sentencia T-251 de 1993.

9 Sentencia T-351 de 1997.

10 Debe observarse que en la sentencia T-251 de 1993 la Corte recoge ambos argumentos. De igual manera, la sentencia T-767 de 2001.

11 A manera de información pueden consultarse entre otras, las Sentencias SU.519/97, T-074/98, T-374/98, T-387/98, T-390/98, T-394/98, T-466/98, T-025/99, SU.062/99, T-170/99, T-394/99, T-470/99, T-493/99, T-495/99, T-526/99, T-605/99, T-639/99, T-732/99, T-739/99, T-755/99, T-757/99, T-056/00, T-080/00, T-677/01, T-798/01, T-1328/01, T-163/02, T-386/02, T-589/02, T-660/02, T-663/02, T-844/02, T-853/02, T-921/02, T-922/02, T-962/02, T-1127/02, T-180/03, T-288/03, T-587/03, T-595/03, T-633/03, T-647/04, T-667/04, T-947/04, T-1106/05, T-1302/05, T-1327/05, T-351/06, T-416/06, T-517/06, T-116/07, T-254/07, T-716/07, T-255/08, T-389/08, T-768/08, T-932/08, T-591/09, T-704/09, T-809/09, T-035/10, T-970/09, T-781/09,

T-791/09, T-083/10, T-197/10, t-234/10, T-449/10.

12 Teniendo en cuenta que en el presente caso se alega la discriminación de una persona perteneciente a la comunidad LGBTI, a la cual se negó acceso a un establecimiento abierto al público, por la identidad fáctica que presenta con la problemática analizada en la Sentencia T-1090/05, se presenta el estudio de la doctrina del hecho consumado bajo similar tratamiento al hecho por la Corte en la citada providencia.

13 La norma referida establece: “Artículo 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: (...) 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho”.

14 Constitución Política, arts. 2º y 86.

15 Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-033 de 1994.

16 Corte constitucional. Sentencia T-143 de 1994.

17 Sobre esta materia es importante tener en cuenta los artículos 23 y 24 del decreto 2591 de 1991. En los apartados finales del primero de los mencionados se consigna: “Artículo 23. Protección del derecho tutelado. (...) Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción. || En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto”.

18 En el mismo sentido véase la Sentencia T-724 de 2003

19 Normativa internacional en materia de protección y relacionada con el derecho a libertad de expresión, puede consultarse en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 11 y 14; la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, artículos 5, 9,10 y12, entre otros instrumentos.

20 Sentencia T-542/92. Del mismo modo pueden consultarse entre otras las SentenciasT-124/98 y T-473/03.

22 Sentencia T-1042/01.

23 Sentencias T-326/95, C-112/00, C-373/00, T-500/02 y C-075/07, C-540/08, T-247/10, entre otras.

24 Sentencias T-1090/05 y T-131/06.

25 Sentencia C-1058/06.

26 Sentencias C-128/02 y C-983/02.

27 Sentencias C-094/07 y C-1175/04.

28 Sentencias T-219/09, T-263/10, T-219/09, T-1036/10, entre otras.

29 Sentencias T-1119/08, T-125/09, T-603/09, T-233/10, entre muchas otras reiteraciones.

30 Las citas del texto citado fueron suprimidas.

31 Sentencia T-1090/05. En la parte resolutive también se previno a los establecimientos para que se abstuvieran de impedir el ingreso de cualquier persona a esos establecimientos en razón a su raza. Además se ordenó la condena en abstracto por el daño emergente ocasionado a la actora, sumado a que la Defensoría del Pueblo debía impartir curso relacionados con los derechos de las personas afrocolombianas. También se exhortó al Congreso de la República para que tramitara un proyecto de ley orientado a sancionar las prácticas o conductas de segregación racial conforme a la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”.

32 Artículo 3, numeral 2.

33 Más adelante la Sala desarrollará en detalle lo relativo a estos criterios sospechosos de discriminación.

34 Cfr. Sentencia C-371/00

35 En el mismo sentido, las Sentencias C-093/01 y T-340/10, se puntualizó: “la discriminación sigue un patrón de exclusión histórico crónico, razón por la cual la carga de la

prueba sobre la legitimidad de la medida (razonabilidad) se traslada a la autoridad.”

36 En este sentido, se puede consultar la sentencia T-835 de 2000.

37 Ver la sentencia T-638 de 1996.

38 Particularmente en lo relacionado con la prueba del acto discriminatorio pueden consultarse las Sentencias T-427/92, T-638/96, T-772/03, T-601/05, T-601/06, entre otras.

39 En semejante sentido en la Sentencia T-264/93 se afirmó: “resulta inadmisibles que el juez niegue o conceda la tutela de antemano, sin verificar ni sopesar a conciencia lo afirmado y lo acreditado por las partes. No puede resolver el fallador sin llegar a una persuasión racional y fundada sobre el trato que merece el asunto sometido a juicio, pues la decisión carece de sustento si no se la pone en relación con los hechos probados, tanto como si se la adopta de espaldas a la normativa aplicable”.

40 Artículo 174 C. P. C.

41 Artículo 186 C. P. C.

42 Cfr. Sentencias T-1630 de 2000 y T-323/08.

43 Luis Prieto Sanchís, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”. Madrid, Trotta, 2003, p.117.

44 En materia educativa, en la Sentencia T-569/94 se estudió el caso que negó el amparo de un estudiante que se presentaba a clase con zapatos de tacón y maquillaje.

46 Así, por ejemplo, en la intervención de la ciudadana Baptiste, se precisa que la profesora Joan Roughgarden, *Evolutions Rainbow: Diversity, Gender and Sexuality in nature and people*. U. of California Press, 2004, recopila y analiza una profusa bibliografía científica respecto de la transexualidad, para concluir que si se utiliza un argumento naturalista acerca del comportamiento humano, es necesario contemplar y aceptar que lo transgénero, así como las diferentes formas de orientación sexual, son características biológicas y culturales inherentes al mundo de lo humano. Folio 115 del cuaderno de revisión.

47 Sobre las tensiones entre sexo y género pueden consultarse, entre otros textos, Butler,

Judith (1990,1999). El Género en Disputa. Editorial Paidós. Barcelona 1999. Sedwick, Eve Kosofy (1990) Epistemología del armario. Ediciones La Tempestad. Barcelona, 1998.

48

49 Sobre la intersexualidad, puede confrontarse lo manifestado por la Corte en la Sentencia SU-337 de 1999, en la que clarificó que “la intersexualidad no sólo plantea complejos problemas morales, jurídicos y sociales, sino que además es un tema en plena evolución, tanto desde el punto de vista social y ético, como a nivel científico.” Adicionalmente, la Corte reconoció que “la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad en donde la diversidad de formas de vida no sea un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas. Los estados intersexuales interpelan entonces nuestra capacidad de tolerancia y constituyen un desafío a la aceptación de la diferencia. Las autoridades públicas, la comunidad médica y los ciudadanos en general tenemos pues el deber de abrir un espacio a estas personas, hasta ahora silenciadas. Por ello, parafraseando las palabras anteriormente citadas del profesor William Reiner, a todos nosotros nos corresponde escuchar a estas personas y aprender no sólo a convivir con ellas sino aprender de ellas.” Relacionados con casos de hermafroditismo también pueden consultarse las Sentencias T-477/95, T-1025/02 y T-1021/03.

50 En relación con el “Estatuto Antidiscriminación” informa que, por tercera vez, el Defensor del Pueblo, junto a una veintena de congresistas que respaldaron la iniciativa, presentó a consideración del Congreso de la República el proyecto de ley estatutaria por medio del cual se pretende la adopción de medidas en materia del derecho a la igualdad y lucha contra la discriminación. A raíz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el alcance de la consulta previa con los grupos étnicos, el proyecto de ley fue retirado con el propósito de adelantar dicho proceso. Desafortunadamente, las instancias de concertación nacional no avanzaron en el estudio de las iniciativas presentadas en la última etapa de la anterior Administración y en la actualidad otras iniciativas gubernamentales han sido priorizadas para la consulta, lo que ha significado el desplazamiento en la agenda del Estatuto.

51 Precisa que la campaña de sensibilización fue lanzada en un evento público llevado a

cabo el 28 de marzo de 2007 en el auditorio del Archivo Distrital, que contó con la presencia y alocución tanto del Alcalde Mayor y del Personero Distrital de la época, como del Defensor del Pueblo de Colombia. Al evento fueron invitados servidores públicos del Distrito y representantes de organizaciones sociales y de colectivos discriminados.

Adicionalmente, se desarrolló y concluyó (de marzo a noviembre de 2007) un proceso de formación sobre el reconocimiento y respeto del derecho a la igualdad y no discriminación, a 355 miembros de la Policía Metropolitana de Bogotá. De allí se pudieron extraer percepciones de los participantes sobre las personas con orientaciones sexuales e identidades de género no normativas que hacen parte de las actas del proceso.