

T-539-94

Sentencia No. T-539/94

HOMOSEXUAL

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.

CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION-Decisiones/PRESUNCION DE LA BUENA FE

La decisión del Consejo Nacional de Televisión constituye un acto administrativo, pues evidentemente genera un efecto jurídico sobre un particular, al denegar la solicitud de emitir el comercial. Como todo acto administrativo, las controversias jurídicas en torno suyo se deben dirimir, no mediante la acción de tutela -que tiene carácter subsidiario y residual-, sino ante la jurisdicción contencioso administrativa. Se reitera que no siempre que se alude a la supuesta violación de un derecho fundamental es procedente la acción de tutela, sino únicamente en los casos en que no exista, para el asunto específico, otra vía de defensa. Se entiende que el Consejo Nacional de Televisión lo que hizo fue negar un comercial con fundamentos netamente técnicos, y dentro del uso legítimo de sus facultades. En momento alguno se evidenció una actitud de rechazo, burla, compulsión, violencia o conducta similar hacia la población homosexual por parte del Consejo. Suponer que detrás del concepto técnico del Consejo Nacional de Televisión se esconde una actitud de rechazo o de agresión moral contra los homosexuales, implica desconocer la presunción de buena fe que ampara a

los particulares y a las autoridades pública en sus actuaciones.

MEDIOS DE COMUNICACION-Responsabilidad social

Los medios masivos de comunicación tienen una responsabilidad social, sobre todo porque ellos, y la televisión en especial, condicionan en gran medida el comportamiento y valores de los niños y los adolescentes; de ahí la misión formativa de los medios de comunicación social, que no pueden invertir el orden de valores de la sociedad, so pretexto de una mal entendida igualdad.

SIDA-Comercial de televisión

Desde el punto de vista de la eficacia, el mensaje que fue negado por el Consejo Nacional de Televisión, presenta el inconveniente de retroceder a épocas en que se creía que el virus del Sida sólo afectaba la población homosexual. Hay urgencia de que se tome conciencia de que el riesgo afecta al total de la población, sea cual fuere su conducta sexual, pues, se repite, hay muchos casos en que se contrae el virus sin necesidad de contacto sexual. Además, la Sala hace hincapié en que presentar el problema del Sida como exclusivo de homosexuales, puede llegar a lesionar a quienes, sin serlo, padecen la enfermedad, ya que el comercial la muestra como consecuencia del homosexualismo.

CENSURA-Inexistencia

La censura supone el veto doctrinario, ideológico o moral. En este caso no hay veto de este tipo, porque la negativa del organismo competente se basó en consideraciones objetivas. No se rechazó ni una doctrina, ni un modo de ser, ni se condenó moralmente a los homosexuales. No tuvo el pronunciamiento del Consejo la imposición de una línea doctrinaria, ideológica o moral. Esta decisión de la entidad accionada es lo que se conoce en ética jurídica como un acto humano con fundamento en la realidad, es decir, no obedeció a un capricho, sino a una sana lógica discrecional, necesaria para todo ente que tenga la facultad de decidir.

DERECHOS DE LAS MINORIAS/DERECHOS DEL HOMOSEXUAL

El rechazo que existe hacia los homosexuales es injustificado bajo el marco de una filosofía de comprensión y tolerancia, como la que inspira la Carta de 1991. Los dogmatismos están

proscritos, y en su remplazo hay un respeto absoluto por las posturas minoritarias, mientras éstas no afecten el orden jurídico y los derechos de los demás. En la sociedad contemporánea se ha abierto espacio a la tolerancia y la comprensión hacia las posturas contrarias. De ahí que, como se ha dicho, los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, y no hay título jurídico para excluirlos de las actitudes de respeto, justicia y solidaridad. Se recuerda que en Colombia ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo y que el derecho a la intimidad esté protegido y tutelado por nuestro Estado social de derecho.

Ref.: Expediente No. T-42370 y T-42955

Peticionarios:

Procedencia: Sala Civil y Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO

NARANJO MESA

Tema: Derechos fundamentales de los homosexuales.

Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La Sala Novena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En los procesos de tutela (acumulados) radicados bajo los números T-42350 y T-42955, adelantados por dos peticionarios anónimos contra el Consejo Nacional de Televisión.

I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, las acciones de tutela de la referencia, y ordenó su acumulación.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591, esta Sala de Revisión de la Corte entra a dictar sentencia de revisión.

1. Solicitud

Dos ciudadanos que piden reserva de su identidad, por un lado, y otros peticionarios que igualmente solicitan reserva, por el otro, otorgaron poder al abogado Germán Humberto Rincón Perfetti, con el fin de que instaurara sendas acciones de tutela en contra del Consejo Nacional de Televisión, con el fin de que se les ampararan sus derechos a obtener protección especial por parte del Estado, a la vida, a no ser sometidos a tratos degradantes, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, a informar y recibir información veraz e imparcial, a la honra y a la libertad de enseñanza y aprendizaje, consagrados en los artículos 7, 11, 12, 13, 16, 18, 20, 21 y 27, respectivamente, de la Constitución Política.

El apoderado de los accionantes solicitó que los nombres y los datos de sus poderdantes se mantuviesen bajo reserva, en aras de proteger su derecho a la intimidad.

2. Hechos

En sendas demandas presentadas ante el Juzgado 12 Civil del Circuito y 73 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el apoderado de los peticionarios señaló que el Consejo Nacional de Televisión, mediante decisión adoptada el día 20 de diciembre de 1993, se negó a presentar el comercial denominado "Sida-referencia-Beso-duración 40'", en el cual aparecen dos hombres que se besan y luego se alejan caminando, abrazados, por la Plaza de Bolívar de

Bogotá, lugar donde se desarrolla el comercial. A juicio del accionante, la referida institución prohibió la emisión del comercial por “no considerar adecuado el tratamiento que se le da al tema con relación a (sic) las imágenes, texto y el mensaje que se pretende difundir”.

Para el abogado, con la mencionada decisión se presentó un rechazo al comportamiento sexual denominado homosexualismo, pues “no tuvo en cuenta el Consejo que el HOMOSEXUALISMO corresponde al LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD violando este derecho fundamental y por ende de la Carta Política. Los miembros del Consejo se dejaron llevar por planteamientos en desuso que aún consideran que el comportamiento homosexual debe repudiarse y es conducta que requiere rehabilitación.” (Mayúsculas del actor).

Asimismo sostiene el apoderado judicial que el texto del comercial (“No tenemos prejuicios, pero use condón que es la única vacuna contra el Sida”), guarda estrecha relación con las imágenes difundidas, toda vez que el objeto es estimular el uso del condón dentro de la población homosexual. Por tal razón, agrega, negar la emisión del comercial significa desconocer que en Colombia existen homosexuales y, a la vez, hacer caso omiso de las estadísticas sobre la incidencia del VIH/Sida en esta población.

Manifiesta también que la conducta del Consejo Nacional de Televisión es violatoria del derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, ya que “censuró el comercial por tratarse de dos hombres besándose”. Considera, por otra parte, que el Consejo al negar el comercial en comento, establece la censura, expresamente prohibida en la Carta fundamental. Adicionalmente señala que se “está negando que un grupo de la población que más ha sido afectado por la infección se informe y así pueda evitar que siga creciendo la epidemia”; igualmente afirma que, con dicha conducta se ha sometido a los accionantes a un trato inhumano y degradante lo cual, a su juicio, resulta violatorio del artículo 12 superior.

Estima el apoderado que el proceder del Consejo Nacional de Televisión menoscaba también la libertad de conciencia de sus representados, ya que, al decirles que en virtud de su condición no pueden tener acceso a los medios de comunicación, “es obligarlos a actuar en contra de su conciencia para acceder a esos medios, obligarlos a adoptar conductas distintas de las que naturalmente sienten y viven”.

Igualmente afirma que el accionado ha violado la libertad de enseñanza y de aprendizaje, ya

que, de una parte los accionantes no pueden captar el mensaje del comercial -la prevención del Sida en la población homosexual-, y al mismo tiempo se está negando la posibilidad de dirigir el mensaje a este grupo de personas. Según el mandatario, los hechos objeto de la presente acción de tutela configuran una violación al derecho a la honra de los peticionarios, ya que su fama y buen nombre se ven deteriorados en razón de su condición de homosexuales.

Sostiene también que al evitar que se transmita el comercial objeto de la acción se está atentando contra el derecho a la vida, toda vez que se prohíbe la difusión de una campaña que tiene por objeto estimular el uso del condón para impedir la infección con el virus del Sida.

1. Trámite surtido por el Juzgado 73 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C.

Mediante auto de fecha doce (12) de mayo de 1994, el Juzgado 73 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., asumió el conocimiento de la acción de tutela referenciada con el número T-42955, y decretó, practicó y recolectó las siguientes pruebas:

a) Oficio 00581 de 17 de mayo de 1993, remitido por el Secretario del Consejo Nacional de Televisión

El Secretario del Consejo Nacional de Televisión informó al Juez del conocimiento que la Comisión de Programación, en sesión del diecisiete (17) de diciembre de 1993 decidió recomendar al Consejo Nacional de Televisión no autorizar la emisión del comercial objeto de la presente tutela, toda vez que se consideró que “el tratamiento que se le da al tema en relación con las imágenes, el texto y el mensaje que se pretende difundir son inadecuados”, y que el Consejo Nacional de Televisión, en sesión del veinte (20) de diciembre, acogió la recomendación que le fue hecha y decidió no autorizar la presentación del mencionado anuncio comercial.

b). Diligencia de Inspección Judicial a Inravisión y el Consejo Nacional de Televisión

El día dieciocho (18) de mayo de 1994 se practicó una diligencia de inspección judicial, con la intervención de un perito médico psiquiatra, a las instalaciones de Inravisión y el Consejo Nacional de Televisión. En dicha diligencia se proyectó varias veces el comercial y se formuló un cuestionario al perito, con el fin de esclarecer los hechos de la presente acción de tutela.

En el transcurso de la diligencia se oyó la declaración del señor Luis Guillermo Angel, director de Inravisión, quien manifestó que “al Consejo Nacional de Televisión en nada le afecta o preocupa desde el punto de vista de la hipotética relación entre las dos personas, ni hago juicio de valor respecto de ese hecho; nuestra inmensa preocupación es de clara responsabilidad social que es mandato explícito del artículo 20 de la Constitución Política para los medios de comunicación. El plantear el Sida como el resultado de una relación homosexual como aparece en este comercial genera a nuestro juicio una distorsión con profundos efectos sociales y pedagógicos, como que está demostrado que la enfermedad es heterosexual y puede resultar incluso de transfusiones, de tratamientos odontológicos, uso de manicuristas. Este comercial derivaría en seguir mostrando el Sida como una enfermedad vergonzante, exclusivamente de ‘maricas’, lo cual hay que seguir escondiendo y ocultando, así la persona haya contraído la enfermedad por relaciones heterosexuales o por tratamientos médico-quirúrgicos. Produce entonces este comercial un impacto claramente enfrentado contra el mandato constitucional de la responsabilidad social de los medios de comunicación”.

c.) Dictamen pericial rendido por el psiquiatra forense

El doctor Lisandro Durán Robles, psiquiatra forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dio respuesta al cuestionario que le fue formulado en la diligencia de inspección judicial. A juicio del perito, el comercial no está orientado a educar a la población en cuanto a la prevención del síndrome del VIH/Sida. “El mensaje -afirma- está orientado a mostrar prioritariamente que ellos no tienen el prejuicio que los otros sí lo tienen, de ser homosexuales”. Igualmente considera que se trata de “un beso apasionado a lo cual se infiere que viene después el contacto anal”.

Considera el psiquiatra forense que las imágenes del comercial no guardan ninguna relación con el mensaje, con el cual se pretende educar a la población. Según su criterio, si se

pretende educar a la población, no hay que recurrir a ese tipo de manifestaciones desviadas del erotismo. El psiquiatra forense conceptúa:

“Sobre los menores y algunos adolescentes podría llegar a producir efectos negativos. El niño y el adolescente se encuentran en gran proceso de maduración de su personalidad. Se sabe que al finalizar la adolescencia se habrá alcanzado un grado aceptable de maduración psíquica aunque el proceso de madurez continúa toda la vida.

“Para los niños menores de cinco años el mensaje comercial constituye una verdad absoluta: es bueno y aceptable que dos hombres se besen como los de la T.V. Porque para el niño menor de 5 años todo lo que ve en la T.V. es cierto. (...) Entonces no se puede transmitir a ese niño menor de cinco años que todos los seres humanos son homosexuales, porque la homosexualidad es una desviación en el proceso de la personalidad. Al respecto escribió Sigmund Freud en el año 1935: Sin duda, no representa el homosexualismo una ventaja, pero tampoco existen razones para avergonzarse de él, ya que no supone vicio ni degradación alguna. No puede clasificarse como enfermedad y consideramos que es una variante la función sexual producida por cierto desarrollo en el desarrollo sexual.

“Para los niños mayores de cinco años a doce años más o menos, o que es lo mismo, antes de comenzar la adolescencia, el mensaje es tomado en concreto. Así lo describió Piaget, psicólogo estudioso de la inteligencia. El niño de esta edad, por tener una inteligencia concreta, razona que lo que ve es así. En otras palabras: ‘Pero si todos los hombres se besan en la boca y son homosexuales’. Ese es el mensaje que se transmite a un buen número de esos niños. Otros niños, más sanos y más inteligentes, dirán: ‘Pero mi papá no es así’. Son otros niños, pero están los primeros.

“El adolescente es una persona que está pasando por la crisis de identidad descrita por Erikson. El adolescente está buscando una identidad social, intelectual, afectiva, genérica y sexual entre otras. Es por esto que a veces nos parecen algunos adolescentes como de sexo genérico no definido. Los adolescentes buscan ídolos fuera de casa para parecerse a ellos. Esto es utilizado por los comerciantes que emplean en sus mensajes productos dirigidos a los adolescentes, porque todos quieren parecer (sic) e inmediatamente aceptan el mensaje (...). Entonces el mensaje de la tutela tiene su peligro en ese adolescente que tiene sus puntos oscuros en su desarrollo psicosexual y que no sabe si le gustan los hombres o las mujeres.

Ese adolescente con trastorno en su identidad se podrá dejar influenciar por el mensaje y asumir conductas homosexuales”.

1.1.- Fallo de primera instancia

Mediante providencia de fecha 20 de mayo de 1994, el Juzgado 73 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá D.C. resolvió no acceder a la pretensión de los actores. Consideró el juez del conocimiento que la determinación del Consejo Nacional de Televisión, por medio del cual negó la transmisión de un comercial denominado “Sida, referencia Beso, duración 40”, se ciñe a los lineamientos preestablecidos para la selección y transmisión de un comercial, consagrados en la Ley 14 de 1991 y el Acuerdo 06/93, modificado por el Acuerdo 09 de 1993, y que dicha decisión se motiva por el principio de prestación del servicio (Art. 3o., Ley 14/91) que encuentra su respaldo constitucional en el artículo 20 parágrafo segundo de la Carta Política.

Asimismo, sostuvo que la decisión del Consejo Nacional de Televisión no impide que en el futuro se emitan comerciales similares, tendientes a la prevención del Sida, pero con un mejor manejo y dirigida a toda la población y no a un grupo determinado, cual es el de los homosexuales.

El Juzgado puntualiza que no es el Consejo Nacional de Televisión quien está vulnerando los derechos fundamentales de los actores, sino que es el mismo trato que se les da a los homosexuales en el comercial lo que los hace ver como un grupo discriminado.

1.2.- Impugnación

El apoderado de los accionantes presentó escrito de impugnación, con fundamento en los mismos argumentos expuestos en la demanda, y haciendo una serie de apreciaciones subjetivas en relación con la forma en que fueron apreciadas las pruebas recaudadas.

2. Trámite surtido por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C.

Mediante auto de fecha diecisiete (17) de mayo de 1994, el Juzgado 12 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., asumió el conocimiento de la acción de tutela referenciada con el número T-42370 y solicitó a la parte demandada toda la información referente al comercial objeto de la acción de tutela.

2.1.- Fallo de primera instancia

Mediante providencia de fecha 24 de mayo de 1994, el Juzgado 12 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., resolvió denegar la acción de tutela interpuesta por los demandantes. Consideró el juez del conocimiento que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo “para atacar, en abstracto, la constitucionalidad de los actos u omisiones de las autoridades, ni mucho menos para ventilar las disquisiciones filosóficas y subjetivas de los ciudadanos cuando no están de acuerdo con las medidas tomadas. En otras palabras, la violación o amenaza de los derechos constitucionales fundamentales debe estar referida a una determinada persona y no como lo hace el apoderado de los promotores de la acción, sin respecto a determinada persona, en abstracto, filosóficamente”.

Estimó el a-quo que el apoderado de los actores no demostró, en forma concreta, la manera en que fueron violados los derechos fundamentales invocados; simplemente se opuso a la no autorización de emisión del comercial. “No se entiende -dice el fallo en comentario- cómo la no presentación del comercial les impide de alguna manera a los tutelantes la práctica del homosexualismo, pues, con el comercial o sin él, de todas maneras pueden practicarlo”.

3. Los fallos que se revisan

3.1.- Fallo de treinta (30) de junio de 1994

La Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá D.C., mediante providencia de fecha treinta (30) de junio de 1994 resolvió confirmar el fallo de fecha 20 de mayo de 1994, a través del cual el Juzgado 73 Penal del Circuito de esta ciudad decidió negar la acción de tutela número T-42955.

Consideró el ad-quem que, con fundamento en la Ley 14 de 1991 y los Acuerdos 06 y 09 de 1993, el Consejo Nacional de Televisión cumple con claras y concretas “funciones de control, veto u obstaculización del pensamiento producido con anterioridad a su emisión en público,

tal como se desprende de la simple lectura del Art. 14 de la mencionada ley, en armonía con los artículos 40 y 46 del Acuerdo No. 6 del 93". Así, la emisión del comercial fue negada, porque sus imágenes fueron consideradas como inconvenientes.

Igualmente sostuvo que no le corresponde a la Sala cuestionar los criterios expuestos por el Consejo Nacional de Televisión, ya que la decisión fue tomada en el ámbito de la competencia funcional del citado ente, para lo cual, la misma ley le ha fijado atribuciones previamente. "No puede afirmarse, entonces, que ha habido uso incorrecto de la potestad pública, representada por dicho organismo, ni tampoco puede sostenerse, válidamente, que se trata de un acto administrativo ilegítimo,, por cuanto no carece de fundamento legal". (Subraya del ad-quem). Además, estimó la Sala, que la accionada no puede reducir su campo de acción a normas legales, sino que debe, como lo ha hecho en el presente caso, aplicar principios jurídicos, como la prevalencia de la Constitución y la prevalencia del interés general sobre el interés particular.

Finalmente estimó el ad-quem "que en la determinación adoptada por el referido Consejo, tal como lo explica el director de Inravisión, hubo claridad en la distinción necesaria entre moral personal y moral social, pues en última instancia la raíz de la que se nutren los contenidos de la moral es la sociedad por la que, el aprendizaje de los valores y normas morales es un claro ejemplo del aprendizaje de valores y normas socio culturales, pues en estas materias no puede perderse de vista, como se desprende de las explicaciones dadas por el nombrado funcionario, que la moral dirigida al comportamiento del hombre con otros hombres es la moral pública. De ahí la distinción entre el ámbito de la vida privada (principio-derecho intangible) y el de la vida pública, que admite, como lo ha dicho la H.C. Constitucional, restricción de los derechos fundamentales". (Subrayado del fallo).

Los h.h. Magistrados Gloria I. Segovia y Marino A. Rodríguez aclararon su voto argumentando que "el origen de la representación y las motivaciones expuestas con claridad, eran suficientes para que, en aplicación del artículo 21 del Decreto 2591 de 1991, la justicia rechazara de plano la acción constitucional propuesta, sin comprometer su precioso tiempo en el impulso de un diligenciamiento y el desarrollo final de un análisis de fondo innecesarios", ya que la actuación del Consejo Nacional de Televisión constituye un acto de carácter general e impersonal, frente al cual resulta improcedente la acción de tutela.

En el trámite de la segunda instancia de esta demanda, el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti informó que uno de sus poderdantes había fallecido a causa del Sida.

3.2.- Fallo de 1o. de julio de 1994

Mediante providencia del primero (1o.) de julio de 1994, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C., resolvió confirmar el fallo de fecha veinticuatro (24) de mayo de 1994, proferido por el Juzgado 12 Civil del Circuito, mediante el cual se negó la acción de tutela número T-42370.

Manifestó el ad-quem que compartía el criterio del Juzgado 12 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., “según el cual, para que se considere vulnerante o amenazante una actuación u omisión de las autoridades y por ello objeto de tutela, ésta ha de referirse necesariamente a un derecho concreto, de un individuo concreto”.

A juicio de la Sala Civil del Tribunal, el objeto del comercial era difundir el uso de los preservativos como mecanismo de prevención del riesgo de infección de Sida que implica una vida sexual promiscua, y no “la búsqueda de un espacio social para el sector homosexual”. Sostuvo además, que la no emisión del comercial no significa la prohibición de adelantar campañas publicitarias de prevención contra el Sida: “Simplemente lo que ocurrió fue que la entidad encargada del concepto sobre el comercial respecto del medio televisivo, consideró no adecuado el tratamiento que se le dio al tema en relación con las imágenes, el texto y el mensaje”.

Así, consideró que la decisión adoptada por el Consejo Nacional de Televisión se encuentra respaldada en el derecho que tienen sus miembros de emitir conceptos sobre los comerciales sometidos a su aprobación. Al respecto agregó: “La no permisión de la transmisión por televisión del comercial aludido, es una normatividad de carácter general que no se refiere únicamente a la actividad sexual de cada sector de la población, sino que además nutre los aspectos de forma, conveniencia, idoneidad comercial, etc.”

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución

Política, y 31 a 36 del decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela de la referencia.

2. La materia

2.1 De la tolerancia a la aceptación

En las comunidades primitivas no había consenso, sino la adhesión a una conducta impuesta por un patrón común de comportamiento. Apareció así el mundo del deber ser, como sinónimo de una orden mediata o inmediata de la autoridad y del poder legitimado. Fue éste, precisamente, el origen de la costumbre, de la “buena” costumbre, entendida como la repetición constante y uniforme de actos por parte de una comunidad, con sentido de la obligatoriedad de actuar de determinado modo y no de otro. La ob-ligatio (ligado alrededor de), pues, se entendió como un vínculo que ligaba a cada uno de los individuos a un deber ser determinado. Pero ese vínculo, en principio, no fue producto de la autonomía de la voluntad, sino de la decisión unilateral de quienes ejercían la autoridad, es decir, de los autores del criterio de legitimidad en el obrar. Los hombres no hacían lo que querían hacer, sino lo que tenían que hacer. Y el hacer no fue fruto de la determinación libre de la persona, sino una realidad positiva de la clase que detentaba el sentido de lo legítimo. También apareció el criterio de lo normal, que era lo normado por la autoridad y realizado por el poder, de manera impositiva, no deliberativa. A su vez, lo normal exigiría un actuar uniforme, con lo cual las conductas disidentes eran anormales y moralmente proscritas del orden primitivamente jurídico.

La humanidad tuvo que pasar largas centurias para que la libertad de disentir fuera reconocida, bajo la forma ética de la tolerancia. Tolerar era sinónimo de comprensión, una actitud humanitaria con trascendencia jurídica por cuanto implicó la obligación de no vulnerar el pensamiento disidente. Locke, en sus Cartas sobre la Tolerancia, enfatizaba la ausencia de potestad para dogmatizar lo temporal y discutible, y así abrió las puertas para que las actitudes no conformes con la uniformidad tuviesen cauce jurídico.

Hoy la simple tolerancia ha sido superada por otro concepto más adecuado al sentido humanista y humanitario: la aceptación de la conducta disidente, mientras no sea contraria a derecho en su expresión. Aceptar a una persona es acogerla como es, sin exigencias de cambio y sin discriminación. Aceptar no sólo es un acto del entendimiento, sino también una

moción de la voluntad: es entender la diferencia y acoger a la persona disidente dentro de nuestro radio de acción, como titular de toda la consideración que merece la persona humana. Ya no es un acto de conmiseración, sino de respeto y fraternidad.

2.2 Proyecciones del derecho a la igualdad

Las relaciones de justicia se basan en la igualdad, entendida no como la identidad absoluta, o como lo mismo para todos sin discernimiento alguno, sino como una equivalencia proporcional entre dos o más entes. La materia de la igualdad es, precisamente la diversidad, pues se iguala lo diverso. Si todo fuera idéntico no habría relaciones de igualdad, porque el resultado de lo absolutamente idéntico es la identidad: la misma substancia y los mismos accidentes, es decir, bajo cierto aspecto la identidad supone el uno en el otro, al paso que la igualdad supone la relación de semejanza proporcional del uno con el otro, y genera la armonía. En la igualdad los entes que se relacionan conservan su modo de ser diverso, mientras que en la identidad hay una fusión de los modos de ser, de suerte que son el mismo ente formal: id entis.

En los hombres se da la identidad esencial, pero se observa la diversidad existencial; luego lo que se presenta en los modos de ser de las distintas personas no es la identidad, sino la proporcionalidad y armonía entre las expresiones de las diversas conductas existenciales.

De acuerdo con lo expuesto, debe concluirse que los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual. 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.

3. El caso concreto

3.1. Competencia del Consejo Nacional de Televisión

De acuerdo con la Ley 14 de 1991, “por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial”, corresponde al Consejo Nacional de Televisión la función de autorizar la emisión de comerciales. Así, el literal i) del artículo 14 de la citada ley dice:

Artículo 14, Ley 14 de 1991. Funciones: “El Consejo Nacional de Televisión tendrá las siguientes funciones:

“.....”

“i) Autorizar la transmisión de comerciales directamente o a través de una comisión especial designada por éste, de la cual deberá formar parte el Director Ejecutivo de Inravisión o su delegado.”

La facultad en comento se encuentra desarrollada mediante el Acuerdo 6 de 1993 del Instituto Nacional de Radio y Televisión -Inravisión-, el cual determina, entre otros temas, el procedimiento para la aprobación de los comerciales en televisión. El artículo 46 del mencionado acuerdo prevé, en forma enunciativa, como lo advierte la misma norma, las causales por las cuales se puede rechazar la emisión de un comercial, teniendo como una de ellas la apreciación del Consejo Nacional de Televisión de que la emisión pueda ser “inconveniente para el televidente”.

Así, encuentra la Corte que el proceder del Consejo Nacional de Televisión tiene como fundamento claras normas legales que le permiten actuar con amplio margen de discrecionalidad.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que la decisión del accionado constituye un acto administrativo, pues evidentemente genera un efecto jurídico sobre un particular, al denegar la solicitud de emitir el comercial presentada por la revista “Aló”. Como todo acto administrativo, las controversias jurídicas en torno suyo se deben dirimir, no mediante la acción de tutela -que tiene carácter subsidiario y residual-, sino ante la jurisdicción contencioso administrativa. Se reitera que no siempre que se alude a la supuesta violación de un derecho fundamental es procedente la acción de tutela, sino únicamente en los casos

en que no exista, para el asunto específico, otra vía de defensa. En efecto, la acción de tutela no constituye una vía paralela de jurisdicción, sino un mecanismo de eficacia para eventos no procedentes por la vía ordinaria, a menos que se interponga como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, hipótesis que no se configura en el tema bajo estudio.

En efecto, no se da en este caso la figura del perjuicio irremediable, por cuanto no se amenaza ni se vulnera el núcleo esencial de un derecho fundamental de manera irreparable y grave; además, no se presentan las circunstancias de inminencia, urgencia, irreversibilidad, lesión, antijuridicidad y, por sobre todo, la necesidad de compensación por medio del resarcimiento que conlleva la indemnización.

Sobre lo anterior, la Sala considera oportuno reiterar la jurisprudencia de esta Corporación:

“Cuando el desconocimiento, la vulneración o el recorte de los derechos fundamentales se origina en actos jurídicos de carácter general producidos por instancias subordinadas a la Constitución (y todos los poderes constituidos lo son), su efecto general pernicioso puede ser contrarrestado mediante mecanismos especialmente dispuestos para ello, v.gr.: la acción de inconstitucionalidad contra las leyes, o las acciones de nulidad (y de restablecimiento del derecho) contra los actos administrativos. Mediante tales instrumentos se provoca la actuación de un organismo público competente para que, también por vía de disposición general, restablezca el imperio de la juridicidad.

“Pero no es ése el caso de la tutela. El mismo artículo 6o. del Decreto 2591 establece en su numeral 5o. que es improcedente la acción “cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”. Es que lo que se busca con el mencionado mecanismo es suspender los efectos violatorios o amenazantes de alguno de los derechos fundamentales de una persona determinada, derivados de un acto concreto cuya aplicación deberá suspender el juez, aún mediante medidas provisionales (esto es antes de la sentencia) cuando lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, según las voces del artículo 7o. del Decreto en mención”. (Sent.321/93, magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz).

No obstante que en el presente caso, tratándose de un acto administrativo proferido por autoridad competente, existen otros medios de defensa judicial, la Corte considera pertinente analizar, aunque de manera suscita, los argumentos esgrimidos por los peticionarios para alegar la presunta violación de varios de sus derechos constitucionales

fundamentales.

3.2 Análisis sobre los argumentos de los peticionarios

Sostienen los actores en la demanda que la negativa de presentar el comercial aludido en un medio masivo de comunicación social, como lo es la televisión, comporta la violación de una serie de derechos fundamentales, entre los cuales se destacan el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la libertad de pensamiento, el derecho a no recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes, las libertades de conciencia y de enseñanza, la honra, la vida y la diversidad cultural. A continuación procederá la Sala a hacer un análisis de cada uno de los argumentos que se esgrimen en la demanda.

a).- Que el libre desarrollo de la personalidad se vulnera, por cuanto la negativa del Consejo Nacional de Televisión implica una actitud tácita de rechazo hacia los homosexuales

La Sala desestima esta conclusión, por cuanto el medio idóneo para desarrollar libremente la personalidad no es propiamente a través de un comercial de televisión, sino la acción humana en sí, exenta de coacción y únicamente con las limitaciones que impone a todo derecho el orden social justo, fundado en el bien común. Por otro lado, hay que distinguir: una cosa es hacer público un mensaje publicitario y otra muy distinta el ejercicio libre de la personalidad. Entonces, con esta aclaración, se entiende que el Consejo Nacional de Televisión lo que hizo fue negar un comercial con fundamentos netamente técnicos, y dentro del uso legítimo de sus facultades. En momento alguno se evidenció una actitud de rechazo, burla, compulsión, violencia o conducta similar hacia la población homosexual por parte del Consejo. Suponer que detrás del concepto técnico del Consejo Nacional de Televisión se esconde una actitud de rechazo o de agresión moral contra los homosexuales, implica desconocer la presunción de buena fe que ampara a los particulares y a las autoridades pública en sus actuaciones (Art. 83 C.P.). En gracia de discusión, si se llegare a configurar una ligera actitud de señalamiento hacia la población homosexual, dicha referencia la hace el mismo comercial cuando advierte: “No tenemos prejuicios, pero use condón”.

b).- Que el derecho a la igualdad se desconoció, por cuanto el Consejo Nacional de Televisión le dio un trato diferente al que le da a los comerciales con parejas heterosexuales

Como lo ha señalado en repetidas ocasiones esta Corporación, la igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la equivalencia proporcional entre dos entes diversos. Entonces mal podría el Consejo Nacional de Televisión mostrar como idénticas las conductas sexuales comúnmente reconocidas como naturales a las que son practicadas por un grupo específico de la población y que, de alguna manera, son excepcionales con respecto al comportamiento sexual de la generalidad de las personas. La lógica enseña cómo es un error definir el género por su especie, y más aún cuando se muestra lo excepcional como lo normal. Los medios masivos de comunicación tienen una responsabilidad social, sobre todo porque ellos, y la televisión en especial, condicionan en gran medida el comportamiento y valores de los niños y los adolescentes; de ahí la misión formativa de los medios de comunicación social, que no pueden invertir el orden de valores de la sociedad, so pretexto de una mal entendida igualdad. Sobre este tema en el expediente obra el dictamen de un psiquiatra forense que merece ser tenido en cuenta.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta, que el problema del contagio del Sida, que es el que se pretende prevenir a través del comercial de televisión cuya atención nos ocupa, no es un problema exclusivo de la población homosexual, como se solía creer en un comienzo, sino que -como se ha demostrado plenamente-, ese riesgo lo afronta toda la población en general, incluyendo a los niños, inactivos en materia sexual. Desde este punto de vista el objetivo del comercial no se cumple, ya que, por una parte, está dirigido tan solo a un sector determinado y minoritario de la sociedad potencialmente amenazada, y, por otra parte, el mensaje visual -para utilizar la terminología de los publicistas- no es, tal como lo ha conceptualizado el Consejo Nacional de Televisión, con la competencia que para el efecto le atribuye la ley, un mensaje adecuado o idóneo. No se requiere ser sicólogo ni tampoco experto en publicidad para apreciar que se trata de una sucesión de imágenes de carácter marcadamente erótico, y por ende muy cuestionables para ser presentadas a un público heterogéneo, como es el público televidente, entre el que se cuentan, en alta proporción, niños y adolescentes.

Y aunque no es propiamente objeto del pronunciamiento de esta Corte, debe anotarse que desde el punto de vista de la eficacia, el mensaje que fue negado por el Consejo Nacional de Televisión, presenta el inconveniente de retroceder a épocas en que se creía que el virus del Sida sólo afectaba la población homosexual. Hay urgencia de que se tome conciencia de que el riesgo afecta al total de la población, sea cual fuere su conducta sexual, pues, se repite,

hay muchos casos en que se contrae el virus sin necesidad de contacto sexual. Además, la Sala hace hincapié en que presentar el problema del Sida como exclusivo de homosexuales, puede llegar a lesionar a quienes, sin serlo, padecen la enfermedad, ya que el comercial la muestra como consecuencia del homosexualismo.

c).- Que las libertades de pensamiento, de opinión, de informar y estar informado, se han violado ante la censura, prohibida por la Constitución, y que con la decisión del Consejo Nacional de Televisión se priva a un grupo de la población, precisamente al más afectado por el Sida, de la información necesaria para evitar que siga creciendo la epidemia

Como ya se ha observado, el motivo técnico del Consejo Nacional de Televisión para negar la transmisión del comercial, no implica violar el pensamiento de un grupo de personas. No se ha prohibido que los homosexuales expresen sus opiniones, sino que se ha determinado la inconveniencia e ineficacia del mensaje. No ha habido, propiamente hablando, censura, porque la censura es per se discriminatoria y, como ya se probado en el caso sub examine, no ha operado una conducta discriminatoria, sino un juicio técnico de conveniencia. Sería absurdo argumentar que todo lo que se deniega en materia de difusión masiva equivale a censura. No se está prohibiendo el homosexualismo, ni tampoco se está vetando su modo de expresión; simplemente el Consejo Nacional de Televisión adujo que, para el propósito de la eficacia de una campaña contra el Sida, el anuncio es inadecuado, por cuanto distorsiona la realidad.

La censura supone el veto doctrinario, ideológico o moral. En este caso no hay veto de este tipo, porque la negativa del organismo competente se basó en consideraciones objetivas. No se rechazó ni una doctrina, ni un modo de ser, ni se condenó moralmente a los homosexuales. No tuvo el pronunciamiento del Consejo la imposición de una línea doctrinaria, ideológica o moral. Esta decisión de la entidad accionada es lo que se conoce en ética jurídica como un acto humano con fundamento en la realidad, es decir, no obedeció a un capricho, sino a una sana lógica discrecional, necesaria para todo ente que tenga la facultad de decidir. Desde luego no se desconoce que en el caso del Sida, la población más afectada es la homosexual, pero también hay que tener en cuenta que, como se ha dicho, el fenómeno del Sida es expansivo, y que el riesgo cubija no sólo a los homosexuales. La prevención contra este mal ha de ser mucho más amplia; la imagen que se presenta en el comercial ninguna relación tiene con las medidas de prudencia que se deben aconsejar a la

totalidad de la sociedad amenazada. El problema, pues, es más serio de lo que se podría inferir de la publicidad denegada. No es, en todo caso, con el simple uso de preservativos por parte de los homosexuales como se detiene la posibilidad general de contraer el Sida.

d).- Que con la negativa del Consejo Nacional de Televisión, se ha sometido a los homosexuales a un trato cruel, inhumano y degradante

A juicio de la Sala este argumento resulta bastante forzado, y comporta una susceptibilidad desproporcionada ante la realidad de los hechos. No puede atribuirse en momento alguno crueldad a la entidad accionada contra la población homosexual. Crueldad significa aquella conducta, hecho o situación que afecta injustificadamente y de manera grave y dolorosa la integridad física y moral de un hombre. Es evidente que no hubo crueldad contra los homosexuales al negar un comercial de televisión. En cuanto al cargo de inhumanidad, tampoco se constata un trato semejante que afecte la naturaleza humana, ni siquiera tácita o levemente. ¿Hubo degradación? ¿La conducta de los miembros del Consejo Nacional de Televisión “degradó” a los homosexuales? Ciertamente no, entre otras razones, porque precisamente la negativa evita que se particularice con actitudes de “comprensión” a los que son homosexuales, porque el grado de dignidad de un homosexual no depende de que se pase una actuación que los representa en un comercial de televisión. Y porque en la decisión bajo examen no se ha cuestionado la dignidad del individuo homosexual.

e).- Que el derecho a la honra se violó, porque la negativa conduce a desterrar la conducta homosexual, de suerte que se tendrá a la persona que tenga esta característica como una deshonra para la sociedad

Como se desprende de la lectura del expediente, esta es una interpretación y una consecuencia que obedecen, exclusivamente, a la concepción subjetivísima de los actores, pues son ellos los que se sienten así, y no el Consejo el que arguye que el homosexualismo es una deshonra. Es innegable que entre ciertos sectores sociales se manifiesta repulsión contra los homosexuales; tal conducta es inhumana y contraria al más elemental sentido de respeto por el modo de ser contrario. Pero razonablemente no puede la Sala imputarle tal actitud al Consejo Nacional de Televisión, porque sería suponer perversidad en su motivación y, se repite, la buena fe se presume. Como ésta no ha sido desvirtuada, la Corte se mantiene en el respeto por el poder discrecional que ejerció la entidad accionada.

f).- Que el derecho a la vida de los homosexuales se desconoce, por cuanto se prohíbe un mensaje dirigido a ellos que tiende a conservar el derecho a la vida.

Este argumento carece de toda seriedad y consistencia. El Consejo Nacional de Televisión lo que ha pretendido, entre otras cosas, es que el derecho a la vida de todos los habitantes quede protegido, cuando busca que los mensajes, antes que “originales”, sean eficaces para combatir el Sida. La propaganda rechazada se limita a exhibir, en forma por demás llamativa, un comportamiento homosexual, y no advierte, en cambio, sobre los graves riesgos que contra la vida humana y la salud puede tener. No es exacto afirmar que como el comercial se dirige a los homosexuales, por ello queda a salvo el derecho a la vida de ellos, porque se insiste de nuevo, este problema no atañe únicamente a dicha población. Al contrario, si se muestran adecuadamente los peligros reales del Sida, que son generales, los homosexuales también resulten protegidos en su vida y su salud.

g).- Que el acto de negativa del comercial es un atentado contra la diversidad cultural porque se establece una discriminación en cuanto a las preferencias sexuales

Lo anterior es un sofisma, porque presenta una división técnica como una manifestación de preferencia hacia un tipo determinado de cultura. Se vuelve a manifestar cómo no hubo un solo incidente de discriminación. Ahora bien, el hecho de que en la televisión se presenten escenas de amor entre parejas heterosexuales, y se haya prohibido en cambio transmitir la de un beso entre homosexuales, no indica preferencia, sino que es reflejo del comportamiento general en materia sexual entre los miembros de la sociedad, que no puede ser puesta en idéntica forma a conductas especiales. Un medio masivo de comunicación tiende a dirigirse al género, y no exclusivamente a la excepción. Para este público excepcional puede haber otro tipo de mensajes, posiblemente más directos y eficaces. La manifestación del pluralismo y de la diversidad cultural no implica el despropósito de mostrar lo particular como general, ni equivale a presentar como normal una situación sui generis, porque puede invertir el proceso de la naturaleza sexual en los niños y adolescentes, sobre cuya formación moral tienen especial interés el Estado y la sociedad civil.

4. Conclusión

La Sala considera que el Consejo Nacional de Televisión obró de conformidad con sus facultades legales. No hubo extralimitación de funciones, ni la decisión implicó una lesión de

los derechos inalienables de la persona homosexual.

Como la negativa de la entidad accionada es un acto administrativo, y no se está ante el supuesto de un perjuicio irremediable, la jurisdicción contencioso administrativa es la vía adecuada para impugnar la decisión. Sin embargo, la Corte reitera que el espíritu de la Constitución es de armonía y de respeto por todas las manifestaciones de la cultura. Es cierto que el rechazo que existe hacia los homosexuales es injustificado bajo el marco de una filosofía de comprensión y tolerancia, como la que inspira la Carta de 1991. Los dogmatismos están proscritos, y en su remplazo hay un respeto absoluto por las posturas minoritarias, mientras éstas no afecten el orden jurídico y los derechos de los demás. En la sociedad contemporánea se ha abierto espacio a la tolerancia y la comprensión hacia las posturas contrarias. De ahí que, como se ha dicho, los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, y no hay título jurídico para excluirlos de las actitudes de respeto, justicia y solidaridad. Se recuerda que en Colombia ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo (Art. 13 C.P.) y que el derecho a la intimidad esté protegido y tutelado por nuestro Estado social de derecho (Art. 15 C.P.).

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E :

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo de fecha 30 de junio de 1994 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y el fallo del primero (1o.) de julio de 1994 proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado Ponente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia No. T-539/94

DERECHOS DEL HOMOSEXUAL/CONDUCTA SEXUAL-Factor de desigualdad (Aclaración de voto)

La condición de homosexual no desvirtúa la calidad de ser humano, dotado de dignidad. Todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución son aplicables a la persona humana, independientemente de su conducta sexual. En consecuencia, toda consideración basada en la conducta sexual como factor de desigualdad, lleva en sí el germen de la discriminación. La Corte, por este motivo, no debe hacer análisis que partan del supuesto de tratar a los homosexuales como seres distintos a la generalidad de los humanos.

Ref: T-42370 y 42.955

Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Estamos de acuerdo con la decisión adoptada, pero discrepamos de las consideraciones relativas a la condición de los homosexuales, por las siguientes razones.

La condición de homosexual no desvirtúa la calidad de ser humano, dotado de dignidad. Todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución son aplicables a la

persona humana, independientemente de su conducta sexual.

En consecuencia, toda consideración basada en la conducta sexual como factor de desigualdad, lleva en sí el germen de la discriminación. La Corte, por este motivo, no debe hacer análisis que partan del supuesto de tratar a los homosexuales como seres distintos a la generalidad de los humanos.

Por lo dicho, resultan extrañas al fallo todas las motivaciones diferentes a la improcedencia de la acción de tutela, por tratarse de un acto administrativo, en relación con el cual hay un medio judicial alternativo de defensa. Bastaba esta razón para denegar la tutela demandada. Todo lo demás era impertinente.

Santafé de Bogotá, D.C., 30 de noviembre de 1994

JORGE ARANGO MEJIA

ANTONIO BARRERA CARBONELL