

T-562-13

Sentencia T-562/13

(Bogotá, D.C., agosto 23)

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Requisitos no tienen aplicación

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Garantía constitucional

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Límites

Para que la limitación al libre desarrollo de la personalidad sea legítima debe tener un fundamento jurídico constitucional. De lo contrario, es arbitraria, pues las simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales, o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar este derecho.

DERECHO A LA EDUCACION-Comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional según la jurisprudencia y la doctrina

El derecho fundamental a la educación comprende cuatro dimensiones: (i) disponibilidad, que consiste en la existencia de los medios para que se satisfaga la demanda educativa de las personas, como por ejemplo escuelas, docentes calificados, materiales de enseñanza, entre otros; (ii) accesibilidad, que pone en cabeza del Estado el deber de garantizar en los niños el ingreso a la educación básica, de manera obligatoria y gratuita; (iii) permanencia en el sistema educativo, que protege el derecho a conservar la educación básica sin que existan criterios de exclusión irrazonables y finalmente, (iv) calidad, que consiste en brindarle a los estudiantes una educación que les permita adquirir y producir conocimientos suficientes para desarrollar sus planes de vida, sin importar el nivel socioeconómico.

DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL Y DE GENERO-Protección constitucional e internacional

OPCION SEXUAL-Jurisprudencia la ha identificado como uno de los criterios sospechosos de

discriminación

La jurisprudencia ha identificado cómo la opción sexual es uno de los criterios sospechosos de discriminación contraria al derecho a la igualdad. Como sucede con los demás criterios sospechosos de discriminación, para que puedan imponerse un tratamiento diferenciado fundado en la identidad sexual, debe estarse ante (i) una razón suficiente para ello; y (ii) cumplirse con un juicio estricto de constitucionalidad, el cual demuestre que la medida basada en dicho tratamiento es la única posible para cumplir con un fin constitucional imperioso. En caso que no se cumplan estas estrictas condiciones, la medida devendrá incompatible con los postulados constitucionales.

COMUNIDAD EDUCATIVA-Alcance de la potestad reguladora

Para la Corte Constitucional, la comunidad educativa de cada plantel, compuesta por los estudiantes, padres y acudientes, docentes y administradores, tiene la potestad de adoptar el manual de convivencia, pero no la libertad de desconocer libertades constitucionalmente consagradas.

DERECHO A LA EDUCACION DE PERSONAS DE COMUNIDAD LGBTI-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA EDUCACION DE PERSONAS DE COMUNIDAD LGBTI-No vulneración cuando se sanciona a estudiante por incurrir en faltas que comprometen la disciplina del plantel educativo

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Contenido y alcance

DERECHO A LA EDUCACION DE PERSONAS DE COMUNIDAD LGBTI-Respeto por el pluralismo y diversidad en establecimientos educativos

MANUAL DE CONVIVENCIA-Límites legales y constitucionales

i) Ni el Estado, ni los particulares, están autorizados jurídicamente para imponer patrones estéticos excluyentes, mucho menos en los establecimientos educativos. El fundamento de esta regla es que la tolerancia y el respeto por la diferencia rigen el proceso de enseñanza y aprendizaje en un modelo de Estado Social de Derecho que optó por la defensa de la

pluralidad y del multiculturalismo. ii) La facultad que tienen los establecimientos educativos para definir el Manual de Convivencia encuentra sus bases y sus límites en el texto constitucional. Este tipo de documentos se asientan en el principio de la participación, prescrito en el artículo 40 constitucional, y correlativamente, vincula la actuación de los sectores involucrados en la conformación de dicho texto, es decir, los que constituyen la denominada comunidad educativa: padres de familia, estudiantes, profesores y directivos. No obstante, dicha facultad no es ilimitada, pues la Corte ha establecido que, este documento, por ser un contrato de adhesión, autoriza al juez de tutela a ordenar que se inaplique y modifique, cuando al cumplir normas contenidas en él se violen derechos fundamentales de al menos una persona.

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD SEXUAL-Conceptos diferentes

La orientación sexual y la identidad sexual son dos conceptos diferentes. Lo primero se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas, se pueden resumir en heterosexual, homosexuales y bisexuales. Lo segundo - identidad sexual - es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales; pueden ser personas trans o intersexuales.

PERSONAS TRANSGENERO-Definición

El transgenerismo (personas trans) es un término paraguá -que incluye la subcategoría transexualidad y el travestismo, así como otras variaciones- es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. Existe

un cierto consenso para referirse o autoreferirse a las personas transgénero, como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o persona trans o trans, cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización masculino-femenino. Por otra parte, las personas transexuales (transexualismo) se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica -hormonal, quirúrgica o ambas- para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social. La intersexualidad se ha definido como “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”

DERECHO A LA EDUCACION DE PERSONAS DE COMUNIDAD LGBTI-Deber de acompañamiento y proceso de adaptación de comunidad educativa a estudiante que se autodetermina como persona trans

DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACION Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Caso en que colegio niega ingreso a clases a estudiante que se autodetermina como persona trans y asiste con uniforme femenino

DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACION Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Orden a colegio que matricule a estudiante que se autodetermina como persona trans, permitiéndole usar el uniforme femenino de la institución

DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACION Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Orden a colegio que en la cátedra de Constitución Política de Colombia, genere espacios de debate acerca del libre desarrollo de la personalidad así como de los principios de tolerancia, pluralismo, respeto a la diversidad y a la igualdad en la diferencia

Referencia: Expediente T-3.867.025

Fallos de tutela objeto revisión: sentencia proferida por el Juzgado Décimo Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, el 21 de marzo de 2013, que

confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, el 14 de febrero de 2013, que negó el amparo solicitado.

Accionante: Luz Elena Vásquez Yépez como agente oficiosa de Kim[1].

Accionado: Institución Educativa INEM José Félix de Restrepo.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luís Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado sustanciador: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela[2].

1.1. Elementos de la demanda.

1.1.1. Derechos fundamentales invocados. Libre desarrollo de la personalidad y educación.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración. Negativa de la institución accionada de permitir a Kim – persona identificada sexualmente como trans – el ingreso a clases por vestir el uniforme femenino de la institución, ya que, siendo su sexo genético masculino, debe portar el uniforme establecido en el manual de convivencia para los varones.

1.1.3. Pretensión. Permitir el ingreso de Kim a las aulas de clase portando el uniforme femenino de la institución.

1.2. Fundamentos de hecho la pretensión[3].

1.2.1. El 15 de enero del año 2013, Kim, de 17 años de edad[4], fue matriculada en la Institución Educativa José Félix de Restrepo, para cursar el grado 9º.

1.2.2. El viernes 25 de enero, asistió al colegio vestida con el uniforme femenino de la

institución. Sus compañeros “no vieron ningún reparo a su condición y su forma de expresarse físicamente mediante su vestir, tanto fue así, que fue elegido como el Monitor de Uniforme (Persona que pasa reporte de los estudiantes que no cumplen con el uniforme según el reglamento Estudiantil.)” (sic).

1.2.3. La psicoorientadora de la institución le dijo a Kim que no podía asistir vestida así al colegio.

1.2.4. El rector también le llamó la atención, “le dijo que no lo podía tener en el colegio un minuto más, dijo que en el manual de convivencia, decía que tenía que vestir el uniforme de los hombres” (sic), y que si quería, que lo demandara.

1.2.6. La coordinadora llamó a la señora Luz Elena Vásquez Yépez, para informarle que Kim sería devuelta para la casa y que debería regresar el lunes siguiente con el uniforme masculino.

1.2.7. El lunes siguiente Kim asistió a clases con el uniforme de educación física, que se considera unisex, hasta el día en que las directivas la obligaron a asistir con el uniforme de hombres. Actualmente no está estudiando.

1.3. Fundamentos de derecho de la pretensión.

1.3.1. Artículos 42[5], 43[6] y 44[7] del Código de la Infancia y la Adolescencia, los cuales establecen las obligaciones especiales de las instituciones educativas para cumplir con su misión, resaltando el respeto por la dignidad humana de los estudiantes y la no discriminación por razón del sexo.

1.3.2. El manual de convivencia de la institución. Resaltó el capítulo relacionado con los valores de la institución, especialmente: el respeto, la autonomía, la convivencia y la autoestima. Luego relaciona algunos artículos del capítulo primero del título segundo del mismo manual, que hace relación a los derechos de los estudiantes, entre ellos: ser respetado en su dignidad y en sus procesos de maduración, en un ambiente de tolerancia, con base en las diferencias individuales y el pluralismo (art. 4); encontrar en el personal docente, administrativo, de apoyo logístico y directivo docente un verdadero testimonio de calidad humana, de competencia profesional, responsabilidad pedagógica y actitud ética

(art. 7); y contar con asesoría para su formación integral fundamentada en valores (art. 8).

1.3.3. Sentencia T-062 de 2011 de la Corte Constitucional. De esta sentencia destacó el trato que la Corte Constitucional ha dado en aras de otorgar la protección a la identidad sexual; y señaló como la Corte ha entendido la opción sexual como criterio sospechoso de discriminación.

1.3.4. Sentencia T-314 de 2011 de la Corte Constitucional. De esta providencia resaltó lo relacionado con: (i) el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad; (ii) la prohibición de discriminación y criterios sospechosos; (iii) las reglas jurisprudenciales aplicables a tratos discriminatorios basados en criterios sospechosos; y (iv) la prueba de actos discriminatorios y deber probatorio del juez en material de tutela / carga de la prueba en casos de discriminación.

2. Respuesta de la entidad accionada.

2.1. Institución Educativa INEM José Félix de Restrepo. Solicitó negar las pretensiones, bajo los siguientes argumentos:

2.1.1. Que no le consta si el estudiante es o no homosexual, ni tampoco que se vista como mujer, porque en el primer periodo de 2012 (enero – abril), portó el uniforme de varones de conformidad con el artículo 141 del Manual de Convivencia. Posteriormente desertó de la institución, “sin que se tenga conocimiento de su razón”.

2.1.2. Que sí se encuentra matriculado para el año 2013 en el grado 9º, en el grupo 19.

2.1.3. Que es cierto que asistió al colegio vestido con el uniforme de damas, y que no hubo reparo por parte de los compañeros porque “el estudiantado del INEM ha sido respetuoso de las tendencias sexuales de sus compañeros y de cualquier otro miembro de la comunidad educativa en general.”

2.1.4. Que es cierto que la psicoorientadora le dijo que no podía presentarse a la institución con el uniforme femenino.

2.1.5. Que es cierto que el rector le manifestó que, acorde con el manual de convivencia, él

no podía presentarse con el uniforme de damas, que si bien el colegio es respetuoso de las diferencias sexuales, debía respetar el manual de convivencia y el uniforme.

2.1.6. Que no es cierto que le haya dicho “que si quería me demandara”, como docente y abogado, el rector de la institución respeta el estado de derecho.

2.1.7. Que sí dio a conocer su orientación sexual, pero no se le obligó a cortarse el cabello, y respecto del maquillaje, incluso a las niñas se les pide que éste sea moderado.

2.1.8. Que es cierto que la coordinadora le dijo que el lunes siguiente debía asistir con el uniforme de varones.

2.1.9. Finalmente, ratificó que el joven no volvió a clases.

2.1.10. La actitud asumida por las directivas de la institución, fueron fundamentadas en el Manual de Convivencia y las sentencias de la Corte Constitucional T-341 de 1993, T-612 de 1992 y T-519 de 1992.

3. Declaraciones juramentadas rendidas ante el juez de primera instancia.

3.1. Margarita María Patiño Atehortua – coordinadora del grado 9º del INEM.

Solo el 25 de enero de 2013 se presentó a mi oficina con la psicoorientadora vestido con el uniforme de gala de las alumnas, previo a que ya se habían presentado a rectoría, yo le manifesté a Bryan que debía cumplir con las normas del manual de convivencia, tal como era portar el uniforme acorde a su género, pero este no estuvo de acuerdo con lo que se le planteo que porque él se sentía mujer y que por lo tanto iba a luchar por portarlo, sin embargo acordamos que al lunes siguiente se presentaría con el uniforme correspondiente a su género, (...) cuando me contestó la abuela del joven la puse al tanto de lo sucedido, además de que le informe que el lunes debía presentarse con el uniforme adecuado tal como él así lo había aceptado, la abuela me indagó si él podía ir con las extensiones y las uñas pintadas, pero yo al respecto le manifesté que primero debía consultar con el rector para conocer lo que ambos habían acordado y luego le comunicaría, lo cual hice en horas de la tarde donde le informé que debía traer su cabello organizado y maquillaje moderado.” Agregó “ni a título personal ni institucional se le ha discriminado por su condición sexual, simplemente estamos velando por el cumplimiento de lo definido en el Manual de

Convivencia respecto del uniforme. (sic)

3.2. Fernando Antonio Carvajal Oquendo – rector del colegio accionado.

El 25 de enero fue llevado a la rectoría por la psicoorientadora de ese grado, señora Heidy Rodríguez, me pidió que los atendiera, el joven vestía uniforme completo de dama del INEM, inclusive tenía en el cabello unas extensiones, en la rectoría manifesté que yo no lo podía aceptar en la institución con ese uniforme, porque los documentos que reposaban allí daban fe de su género masculino y que por tanto debía presentarse con el uniforme propio de los varones de acuerdo al manual de convivencia, le explique que en el INEM éramos garantistas de los derechos fundamentales, que no existía ninguna prevención por su condición sexual, que de hecho allí a él le constaba que estudiaban jóvenes de su misma condición y que siempre habían sido respetados por la comunidad educativa y cuando él y su acudiente firmaron la matrícula igualmente se acogían al manual de convivencia, él me manifestó que qué creía que llamaba más la atención, una mujer vestida de mujer o una mujer vestida de hombre.” Agregó “Me parece supremamente delicado que el joven Bryan se presente con el uniforme de dama cuando son cerca de 5.500 estudiantes quienes también están en ese proceso de identidad personal (...). (sic)

3.3. Eidi Leticia Rodríguez Navarro – psicoorientadora del grado 9º del INEM.

4. Decisiones de tutela objeto de revisión:

4.1. Sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Conocimiento, el 14 de febrero de 2013.

4.1.1. Negó el amparo. Consideró que si bien todo ser humano debe tratarse en iguales condiciones, sin discriminación alguna y que por esto no puede transgredírsele su libre desarrollo de la personalidad el cual está protegido por la Constitución, este derecho se ve limitado, en este caso, por el manual de convivencia, pues cada institución se rige por sus reglamentos internos, los cuales son aceptados por los estudiantes y sus acudientes, sirviendo como garante de una adecuada educación integral tanto en lo académico como en la formación personal.

4.2. Impugnación.

Según la señora Luz Elena, el juez de instancia no realizó un desarrollo del precedente judicial, pues a pesar de existir basta jurisprudencia sobre inaplicación de reglamentos en aras de proteger derechos fundamentales de personas afectadas con estas actuaciones, el juez no la tuvo en cuenta. A su juicio, el fallador le dio prelación a una norma reglamentaria y no a una constitucional.

4.3. Sentencia proferida por el Juzgado Décimo Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, el 21 de marzo de 2013.

Confirmó el fallo de instancia. Consideró que este caso no se trata de una cuestión meramente estética, sino de un aspecto que tiene que ver directamente con la identidad sexual, con la orientación de género, y con la manera de expresar la misma, dentro de los límites del derecho ajeno y el orden jurídico. Concretamente en el ámbito escolar, los educandos están inmersos todavía en la etapa de exploración de sus opciones vitales, sin que sea dable esperar que tomen una decisión radical y definitiva frente a la temática a tan temprana fase de su formación, pero sí que se identifiquen, por lo menos en su presentación exterior, como lo sugiere su género, hasta tener otros elementos de juicio que indiquen lo contrario.

Para el ad quem sería distinto si hubiese operado un cambio de género, avalado por la documentación médica respectivamente y legalizada por los mecanismos dispuestos para ello, que obligara al centro educativo aquí accionado al cambio de inscripción.

5. Actuación en la Corte Constitucional.

El 31 de julio de 2013, Kim envió a la Corte Constitucional el siguiente escrito:

Mi nombre es Kim Zuluaga pero en mi tarjeta de [identidad] me llamo Briham Zuluaga Ríos, mi colegio me negó el derecho a estudiar porque iba vestida de mujer y porque mi nombre es de hombre, en estos momentos estoy haciendo lo posible por cambiarme el nombre. Me gustaría poder volver al colegio porque quiero salir adelante. No me gusta que me hagan sentir excluida de la sociedad, soy una persona como cualquier otra, solo me hace diferente el hecho de que nací en el cuerpo de un hombre y me sienta como mujer.

En 2 ocasiones perdí la tutela que le puse a mi colegio, pero no estoy de acuerdo con la

decisión que tomaron, me siento discriminada, quisiera poder terminar el colegio para entrar a la universidad y estudiar comunicación social.

Para mí no es un problema ir vestida de mujer al colegio, todos los días de mi vida soy una mujer desde que me acuesto hasta que me levanto.

Soy una persona muy sociable, tengo muchos amigos en el colegio, no tengo problemas con ninguno por mi condición sexual. Tengo una personalidad muy grande. No soy víctima de bullying.

Quiero salir adelante, para eso necesito estudiar pero me es muy difícil porque el rector y la coordinadora me niegan el cupo si me visto de mujer, esta es mi identidad, es lo que soy. Soy una mujer en el cuerpo de un hombre.

Actualmente tomo hormonas femeninas tengo el cabello largo, parezco mujer.

Quiero hacer valer mis derechos y demostrar que los trans podemos salir adelante con la educación.

Agradecería mucho si me ayudaran a volver, tengo todas las capacidades porque soy una persona normal. Tengo muchas aspiraciones en la vida y sobretodo quiero hacer valer mis derechos.

“No solo los heterosexuales son colombianos.”

Gracias por la atención.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36[8].

2. Procedencia de la demanda de tutela[9].

2.1. Alegación de afectación de derecho fundamental. Se alega la vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación.

2.2. Legitimación activa[10]. El artículo 86 de la Constitución Política consagra a favor de toda persona la posibilidad de interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre para invocar la protección de sus derechos fundamentales. En desarrollo de ésta norma, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de amparo podrá ser interpuesta (i) por la misma persona afectada; (ii) por intermedio de un representante; (iii) a través del agente oficioso, cuando el titular de la garantía o derechos invocados no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa, lo cual deberá manifestarse en el escrito de tutela; (iv) por el defensor del pueblo o (v) por los personeros municipales.

La Corte Constitucional se ha ocupado de establecer algunos requisitos que deben verificarse cuando un ciudadano actúa como agente oficioso de otra persona: (i) se debe manifestar que actúa en tal calidad; (ii) debe encontrarse acreditado en el expediente que la persona a favor de quien actúa no puede interponer por sí misma el amparo que se invoca; (iii) cuando sea posible, debe existir una ratificación oportuna por parte del agenciado respecto de los hechos o las pretensiones que se consignan en el escrito de tutela. Sin embargo, los anteriores requisitos deben aplicarse en forma flexible, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso concreto[11].

Ahora bien, acorde con la jurisprudencia constitucional, estas reglas se flexibilizan cuando se trata de agenciar derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, frente a los cuales el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de garantizar su prevalencia, en los amplios términos del artículo 44 constitucional. Acorde con la sentencia T-844 de 2011, reiterada en la T-094 de 2013:

“La corresponsabilidad de todos en la protección de este grupo, permite que cualquier persona pueda exigir de la autoridad competente el cumplimiento y garantía de sus derechos, como expresamente lo consagra el precepto constitucional en cita. Por tanto, es deber de todo individuo en nuestra sociedad actuar como agente oficioso de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes ante la vulneración o amenaza de

sus derechos en donde es irrelevante si tiene o no un representante legal, porque se repite, la Constitución impuso la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en su efectiva protección, lo que se traduce en que fue el mismo Constituyente el que estableció la legitimación en la causa de cualquier persona para actuar en nombre de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en estado de riesgo o vulneración de sus derechos. No en pocas ocasiones es el representante legal el agente de la vulneración, en consecuencia, no se puede exigir que actúe en defensa de los derechos de su representado, pues puede acontecer que éste, por negligencia, ignorancia o simplemente como sujeto activo de la vulneración, omita hacer uso de los instrumentos jurídicos diseñados para lograr el amparo de quien se encuentra bajo su representación[12].”

En el caso bajo estudio, se encuentra acreditado que Kim tiene 17 años y, en consecuencia, su abuela podía acudir ante el juez constitucional para agenciar sus derechos. Sin embargo, por tratarse de un tema que atañe a una de las esferas más íntimas de una persona menor de edad, la Sala considera importante la ratificación que Kim hizo a los hechos y pretensiones planteados en el escrito de tutela. Con esto, encuentra la Sala cumplido el requisito de legitimación activa.

2.3. Legitimación pasiva. El artículo 86 superior instituye, en su inciso final, que la acción de amparo procede contra particulares, entre otros eventos, cuando el accionado esté encargado de la prestación de un servicio público. En concordancia, el artículo 42 (numeral 1º) del Decreto 2591 de 1991 contempla tal procedencia cuando “contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio de educación”.

En este caso, la accionada es una institución oficial dedicada a la prestación de servicios de educación formal en los niveles de preescolar, básica primaria, básica secundaria, media técnica y académica, demandable por vía de tutela.

2.4. Inmediatez. Los hechos que generaron la presunta vulneración de los derechos de Kim acontecieron el 25 de enero de 2013, la acción de tutela fue presentada el 1º de febrero del mismo año, cumpliendo con el requisito de inmediatez.

2.5. Subsidiariedad. La acción de tutela es el mecanismo idóneo con que cuenta Kim para solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la accionada, por no contar con un mecanismo de defensa judicial para ello.

3. Problema jurídico.

¿La Institución Educativa INEM José Félix de Restrepo, vulneró los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de Kim – persona que se considera trans –, al no permitirle asistir a las aulas de clase portando el uniforme femenino de la institución?

3.1. Libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en la potestad de todo individuo de elegir su propia opción de vida, teniendo como límite los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente. Según la Corte, este derecho “se manifiesta singularmente en la definición consciente y responsable que cada persona puede hacer frente a sus propias opciones de vida y a su plan como ser humano, y colectivamente, en la pretensión de respeto de esas decisiones por parte de los demás miembros de la sociedad.”[13]

La Corte ha sostenido que el núcleo esencial de este derecho protege la libertad general de acción, la cual está estrechamente vinculada con el principio de dignidad humana, “cuyos contornos se determinan de manera negativa, estableciendo en cada caso la existencia o inexistencia de derechos de otros o disposiciones jurídicas con virtualidad de limitar válidamente su contenido. Es un derecho de status activo que exige el despliegue de las capacidades individuales, sin restricciones ajenas no autorizadas por el ordenamiento jurídico. Se configura una vulneración de este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia.”[14]

Para la Corte, la escogencia de la opción de vida no debe ser entendida como un mecanismo para eludir las obligaciones sociales o de solidaridad colectiva, pues esto constituiría un abuso de los derechos propios (art. 95 C.P.). Se trata más bien de una potestad que permite al individuo desarrollar las alternativas propias de su identidad, la cual debe ser respetada y tolerada por la sociedad.

En la sentencia C-507 de 1999, la Corte se pronunció en los siguientes términos:

“Con el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, se busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional.[15] Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social.”[16]

Así, cualquier intromisión irrazonable que le impida a una persona alcanzar o perseguir sus aspiraciones legítimas, a través de las cuales busca su realización como ser humano, constituye una violación de este derecho fundamental[17].

Respecto de la limitación a este derecho, esta Corporación ha sostenido que “la represión legítima de una opción personal debe tener lugar exclusivamente frente a circunstancias que generen violaciones reales a los derechos de los demás o al ordenamiento jurídico, y no simplemente frente a vulneraciones hipotéticas o ficticias. En este sentido, el libre desarrollo de la personalidad no puede limitarse por simples consideraciones a priori de interés general o de bienestar colectivo, desarrolladas de manera vaga e imprecisa.”[18]

Entonces, para que la limitación al libre desarrollo de la personalidad sea legítima debe tener un fundamento jurídico constitucional. De lo contrario, es arbitraria, pues las simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales, o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar este derecho[19].

3.2. Derecho fundamental a la educación de los niños y adolescentes con relación al libre desarrollo de la personalidad.

El artículo 67 de la Constitución Política, establece que la educación es un derecho y un servicio público, cuya finalidad es lograr el acceso de todas las personas al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura, y formar a todos en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia, entre otros.

El artículo 44 ibídem, prevé que la educación es un derecho fundamental de los niños que

prevalece sobre los derechos de los demás. Por lo tanto la educación será obligatoria “(...) entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”.

Sin embargo, una interpretación armónica del artículo 67 de la Carta, con el artículo 44 ibídem y con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado Colombiano en la materia, esta Corte ha concluido que la educación es un derecho fundamental de todos los menores de 18 años[20].

El derecho fundamental a la educación comprende cuatro dimensiones: (i) disponibilidad, que consiste en la existencia de los medios para que se satisfaga la demanda educativa de las personas, como por ejemplo escuelas, docentes calificados, materiales de enseñanza, entre otros[21]; (ii) accesibilidad, que pone en cabeza del Estado el deber de garantizar en los niños el ingreso a la educación básica, de manera obligatoria y gratuita[22]; (iii) permanencia en el sistema educativo, que protege el derecho a conservar la educación básica sin que existan criterios de exclusión irrazonables[23] y finalmente, (iv) calidad, que consiste en brindarles a los estudiantes una educación que les permita adquirir y producir conocimientos suficientes para desarrollar sus planes de vida, sin importar el nivel socioeconómico[24].

En relación con el disfrute del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito educativo, la Corte ha afirmado que “la realización efectiva del derecho a la educación exige un proceso de interiorización y práctica efectiva, por parte de todos los miembros de la comunidad educativa, de principios fundamentales para la convivencia armónica, tales como la tolerancia, el respeto a la diversidad, el pluralismo y la igualdad en la diferencia.” [25]

Por ello, el proceso educativo no puede incluir prácticas o metodologías que vulneren o desconozcan el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues ciertamente debe respetar los proyectos de vida de los educandos, mientras éstos se basen en principios y valores constitucionalmente aceptados y protegidos. En este sentido, “sólo quien practica la tolerancia, quien respeta la diversidad y reconoce en el “otro” a uno igual a sí mismo, tendrá capacidad y legitimidad para contribuir desde el proceso educativo a formar a los niños y a los jóvenes en un paradigma ético sustentado en dichos

principios.”[26]

3.3. Protección a la identidad sexual.

La identidad sexual es entendida como la comprensión que tiene el individuo sobre su propio género. Acorde con la jurisprudencia constitucional, la protección a la identidad sexual encuentra sustento en diferentes fuentes, a saber[27]:

3.3.1. La protección de la identidad y la opción sexual es consecuencia del principio de dignidad humana.

En efecto, es difícil encontrar un aspecto más estrechamente relacionado con la definición ontológica de la persona que el género y la inclinación sexual. Por ende, toda interferencia o direccionamiento en ese sentido es un grave atentado a su integridad y dignidad, pues se le estaría privando de la competencia para definir asuntos que a él solo conciernen. Este ámbito de protección se encuentra reforzado para el caso de las identidades sexuales minoritarias, esto es, las diferentes a la heterosexual. Ello en razón de (i) la discriminación histórica de las que han sido objeto; y (ii) la comprobada y nociva tendencia a equiparar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproche y, en consecuencia, la represión y direccionamiento hacia la heterosexualidad. (...)

Es evidente que la opción y la identidad sexual hacen parte de las condiciones inmateriales integrantes de la dignidad humana.

3.3.2. La opción sexual hace parte del ámbito protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte insiste en que la definición acerca de dicha opción es una decisión libre, autónoma e incuestionable de la persona, por lo que todo comportamiento, de los particulares o del Estado, que (i) censure o restrinja una opción sexual, generalmente en aras de privilegiar la tendencia mayoritaria heterosexual; o (ii) imponga sanciones o, de manera amplia, consecuencias fácticas o jurídicas negativas para el individuo, fundadas exclusivamente en su opción sexual, es una acción contraria a los postulados constitucionales.

3.3.3. Finalmente, la jurisprudencia ha identificado cómo la opción sexual es uno de los criterios sospechosos de discriminación contraria al derecho a la igualdad.

De acuerdo con la fórmula prevista en el artículo 13 C.P., las razones de sexo son uno de los aspectos en los que la Constitución prohíbe la discriminación entre las personas. Esta categoría, de acuerdo con la jurisprudencia, incorpora a la opción y orientación sexual, de modo que los tratamientos diferenciados que impongan el Estado o los particulares fundados, de manera exclusiva, en esas características del individuo, son incompatibles con el derecho a la igualdad.

Lo anterior, tiene igual aplicación tratándose de discriminación por razón a la identidad sexual de los ciudadanos. Como sucede con los demás criterios sospechosos de discriminación, para que puedan imponerse un tratamiento diferenciado fundado en la identidad sexual, debe estarse ante (i) una razón suficiente para ello; y (ii) cumplirse con un juicio estricto de constitucionalidad, el cual demuestre que la medida basada en dicho tratamiento es la única posible para cumplir con un fin constitucional imperioso. En caso que no se cumplan estas estrictas condiciones, la medida devendrá incompatible con los postulados constitucionales.

3.4. Alcance de la potestad reguladora de la comunidad educativa. Reiteración SU-641 de 1998.

La Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, le otorgó a los establecimientos educativos la facultad de expedir las normas que fijen las obligaciones y derechos para garantizar la convivencia y la educación de los menores, denominando a tales reglamentos “manuales de convivencia”. Sin embargo, esa potestad de autorregulación no es absoluta, porque está enmarcada dentro de un contexto jurídico constitucional y legal que no se puede desconocer, teniendo en cuenta que esa atribución reglamentaria surge precisamente de las normas superiores que le dieron origen.

Para la Corte Constitucional, la comunidad educativa de cada plantel, compuesta por los estudiantes, padres y acudientes, docentes y administradores, tiene la potestad de adoptar el manual de convivencia, pero no la libertad de desconocer libertades constitucionalmente consagradas.

Al respecto, la Corte Constitucional considera[28]:

a) que tal potestad hace parte del desarrollo normativo del derecho a la participación (CP.

Art. 40); b) que el Manual de Convivencia obliga a todos los miembros de la comunidad educativa; c) que para cada categoría de sus integrantes se regulan allí funciones, derechos y deberes; d) que se obligan voluntariamente el alumno, los padres y acudientes, así como el establecimiento en los términos de ese manual en el acto de la matrícula; e) que ese es un contrato por adhesión y el juez de tutela puede ordenar que se inaplique y modifique, cuando al cumplir normas contenidas en él se violen los derechos fundamentales de al menos una persona; y f) que el derecho a la participación, consagrado en la Carta Política de manera especial para el adolescente (art. 45), debe ser celosamente aplicado cuando se trata de crear o modificar el Manual de Convivencia del establecimiento en el que el joven se educa.

Una de las consideraciones de la sentencia T-345 de 2002, hace referencia al manual de convivencia así:

En ciertas circunstancias, la Corte ha aceptado que es factible imponer restricciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores, como herramienta para lograr los fines generales de la educación, esto es, la formación integral del niño o joven hasta que logre consolidar su personalidad, como es el caso de la exigencia de una presentación personal adecuada[29]. No obstante, también ha sido enfática en afirmar que “la aplicación indiscriminada de limitaciones al libre desarrollo llevaría irreductiblemente al desconocimiento casi total del derecho en sí mismo considerado.”[30]

Así pues, un manual de convivencia de un establecimiento educativo no puede limitar válidamente el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores educandos en lo que respecta a su sexualidad, alegando la conveniencia de la restricción dentro de su plan pedagógico.

Lo anterior no obsta para que el plantel educativo pueda exigir que las alumnas se comporten como es debido adentro de sus instalaciones, es decir, propender por que las estudiantes no adopten conductas que constituyan un mal ejemplo para las demás, pero de ningún modo pueden reprimir sus tendencias sexuales, decisión propia de su ámbito más privado e íntimo.

3.5. Jurisprudencia sobre derecho a la educación de personas LGBTI

3.5.1. En la sentencia T-569 de 1994, la Corte Constitucional estudió el caso de un estudiante que iba al colegio vestido de mujer y que súbitamente abandonó el plantel, debido a múltiples requerimientos por parte de las directivas para que diera cumplimiento al manual de convivencia.

En esa oportunidad, la Corte consideró que el derecho a la educación comportaba el deber de respetar el manual de convivencia, y no tuteló los derechos fundamentales del estudiante. Al respecto dijo:

En el caso presente la Corte ha realizado un detenido estudio acerca de la situación que rodea el proceso y ha encontrado una serie de comportamientos del estudiante que van en contra del reglamento de la institución denominado “Manual de Convivencia”, como vestirse con tacones, llegar maquillado al Colegio, etc., y además dejó de asistir a clases de manera injustificada. Esta Sala de Revisión es enfática en señalar que el deber de los estudiantes radica, desde el punto de vista disciplinario, en respetar el reglamento y las buenas costumbres, y en el caso particular se destaca la obligación de mantener las normas de presentación establecidas por el Colegio, así como los horarios de entrada, de clases, de recreo y de salida, y el debido comportamiento y respeto por sus profesores y compañeros. El hecho de que el menor haya tenido un aceptable rendimiento académico no lo exime del cumplimiento de sus deberes de alumno. (...)

En el caso presente, quedó demostrado que las directivas y profesores del Instituto Técnico Industrial Piloto, cumplieron de manera diligente sus deberes como educadores del menor, pues le brindaron una especial protección, intentaron apoyarlo médica y psicológicamente y le indicaron con franqueza acerca de su reprochable comportamiento, tratando de orientarlo en forma adecuada, como se deduce del examen del material probatorio que obra en el expediente. (...)

Todo lo anteriormente expuesto no conduce a enjuiciar en este proceso la situación personal de homosexualidad o no por parte del alumno, producto del libre desarrollo de su personalidad y del derecho a su intimidad, sino más bien al comportamiento en público en el plantel educativo que altera la disciplina del Colegio, prevista en el Manual de Convivencia que rige las actividades docentes de dicho Instituto.”

En conclusión, la Corte consideró que es deber del estudiante comportarse según las

buenas costumbres y acorde con el manual estudiantil, por lo tanto, las conductas públicas de los estudiantes no podrían alterar la disciplina del colegio.

3.5.2. En la sentencia T-037 de 1995, un estudiante de la escuela de policía Simón Bolívar de Tuluá, interpuso una acción de tutela solicitando se revocara la resolución mediante la cual se le retiró de la escuela de la Policía Nacional, con nota de mala conducta. El retiro fue consecuencia de una investigación disciplinaria adelantada por la dirección de la escuela, cuyos resultados, puestos a consideración del Consejo Disciplinario, llevaron a éste a concluir que el alumno había incurrido en la ejecución de actos de homosexualismo, “lesionando gravemente la moral, el prestigio y la disciplina de la Policía Nacional”, motivo por el cual se le impuso la sanción.

La Corte Constitucional no tuteló el derecho del estudiante, consideró que la disciplina es un elemento esencial de la educación y por lo tanto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se ve limitado y subordinado a esta. Al respecto dijo:

A juicio de la Corte, la educación no se confunde con el simple acto de enseñar o transmitir conocimientos, sino que corresponde a un proceso que, para producir los resultados en pos de los cuales se instituye y se protege, debe incidir de manera eficiente en la estructuración de la personalidad y en los hábitos de comportamiento del individuo. (sic)

En ese orden de ideas, no es violatorio de los derechos fundamentales el acto por el cual se sanciona a un estudiante por incurrir en faltas que comprometen la disciplina del plantel, siempre que se respeten las garantías del debido proceso, que se prueben los hechos imputados y que la sanción esté contemplada previamente en el respectivo reglamento.

En cuanto a la homosexualidad, la Corte consideró que los actos que involucren acoso o asedio a compañeros de la institución, constituye una falta disciplinaria:

Para la Corte es claro que, tanto los actos de homosexualidad como los que impliquen objetivamente el acoso o asedio a los compañeros dentro del establecimiento, quebrantan de manera ostensible y grave la disciplina y además ofenden a los demás integrantes de la comunidad educativa, quienes merecen respeto, por todo lo cual aquéllos deben ser oportuna y ciertamente castigados. (...)

La igualdad ante la ley no consiste en admitir que quien presenta una condición anormal - como la homosexualidad- esté autorizado para actuar explícita y públicamente con el objeto de satisfacer sus inclinaciones e incurrir, sin poder ser castigado, en conductas ajenas a la respetabilidad de un centro educativo, menos todavía si este pertenece a una institución cuya alta misión exige de quienes la componen las más excelsas virtudes.

Esta sentencia puede ser calificada como consolidadora de línea, ya que al igual que su antecesora (sentencia T-569 de 1994), trata de definir una regla de derecho constitucional en la relación de derecho a la educación y población LGBTI, esto es, la prevalencia del interés general sobre el particular.

3.5.2.1. El magistrado Carlos Gaviria Díaz salvó el voto, porque consideró que la preferencia sexual es asunto de cada quien, y los comportamientos sexuales son reprochables sin importar su naturaleza - homo o heterosexual -, cuando se interponen con la convivencia de cualquier institución. Sin embargo, a su juicio, en el caso base estudio, la conducta del estudiante no entorpeció la marcha de la institución de donde se le expulsó, y por eso su sanción sería contraria al artículo 13 constitucional.

“Al segregársele -por homosexual- del establecimiento donde cursaba sus estudios se le priva de la posibilidad de continuarlos y de culminarlos y, por ende, se le vulnera un derecho consagrado en el artículo 67 de nuestra Carta Política, reconocido varias veces por la Corte como fundamental, cercenándosele de paso el derecho de realizarse como persona en el campo que había elegido, impidiéndosele lograr las metas que se había propuesto, es decir, obstaculizándosele el derecho a desarrollar su personalidad libremente, tal como lo consagra el artículo 16 Superior”.

3.5.3. En la sentencia T-101 de 1998, la Corte Constitucional cambió su posición inicial respecto de la prevalencia del manual de convivencia y de la disciplina, frente al libre desarrollo de la personalidad.

En este caso, amparó la diversidad sexual invocando el principio de tolerancia -el cual implica respetar la diversidad y reconocer en el “otro” a uno igual a sí mismo -. Para ello tuvo en cuenta la sentencia T-377 de 1995, que si bien no se relaciona directamente con la población LGBTI, sí establece un criterio interpretativo respecto de la educación, que es usado como elemento central:

La educación en un Estado social de derecho ha de propender porque cada uno de los actores del proceso educativo, especialmente los alumnos, se apropien e interioricen principios fundamentales para la convivencia humana, tales como la tolerancia, el respeto a la diversidad y la igualdad en la diferencia. No basta, por parte del ente educador, con el cumplimiento estricto de la mera labor de instrucción y con el desarrollo de un modelo pedagógico restringido, que simplemente pretenda homogeneizar comportamientos y actitudes ante la vida (...), concepción ésta que va en contravía de los fundamentos mismos de las diversas escuelas de pensamiento que desarrollan la pedagogía moderna, las cuales rechazan cualquier modelo que propenda por la colectivización u homogeneización del pensamiento de los individuos. Al contrario, se trata desde la escuela básica de viabilizar el desarrollo del individuo como fin en sí mismo, permitiéndole el acceso al conocimiento, a las artes y en general a las distintas manifestaciones de la cultura, en la perspectiva de que pueda desarrollarse, integral y equilibradamente, en un contexto social caracterizado por la coexistencia de paradigmas de vida, no sólo diferentes, sino incluso antagónicos. Sólo así el individuo adquirirá la capacidad necesaria para ejercer su autonomía de manera racional, aceptando y respetando el derecho que asiste a los demás de hacer lo mismo; esto es, sin que ello implique vulnerar los valores, principios y derechos, que para todos consagra la Constitución.

El estudio del caso versó sobre dos estudiantes a los que se les negó el ingreso a una institución educativa, por ser homosexuales.

En las consideraciones de la Corte se resaltó la forma como el rector y el consejo directivo se refirieron de modo desobligante y grosero sobre la homosexualidad, demostrando sus concepciones excluyentes y discriminatorias, concepciones que inciden en la manera de desarrollar sus cargos y en la toma de decisiones que les competen. Al respecto dijo:

El proceso educativo de ninguna manera puede incluir metodologías o prácticas que vulneren, desconozcan o transgredan los derechos fundamentales de los distintos actores que participan en el mismo (educandos, educadores, padres de familia, directivos etc.), y que de su realización efectiva depende la realización paralela de los demás derechos fundamentales del individuo (...) Para el logro de los mencionados objetivos es fundamental y determinante la participación activa de todos los miembros de la comunidad educativa, pero muy especialmente de los educadores, pues sólo en la medida en que los valores y

principios que aspiran a transmitir a sus alumnos constituyan realmente la base de sus propios e individuales proyectos de vida, su labor será efectiva; sólo quien practica la tolerancia, quien respeta la diversidad y reconoce en el “otro” a uno igual a sí mismo, tendrá capacidad y legitimidad para contribuir desde el proceso educativo a formar a los niños y a los jóvenes en un paradigma ético sustentado

Frente al argumento que expresó el colegio en su defensa, esto es, que querían evitar las burlas de sus compañeros, afirmó la Corte:

Argumentar, como lo hace el rector, “que el colegio no le conviene a los actores por su manera de ser”, por la cual sus compañeros se burlan, los aíslan y les hacen la vida insostenible, antes que justificar la decisión adoptada lo que hace es corroborar la anuencia tácita del educador y las directivas frente a un comportamiento irrespetuoso, intolerante y contrario al principio de solidaridad por parte de sus alumnos, situación que a su vez refleja el incumplimiento de las funciones esenciales que a ellos, como responsables del proceso educativo, les corresponden. (sic)

Finalmente, luego de un estudio del manual de convivencia de la institución, la Corte decidió tutelar el derecho a la educación de los accionantes; porque el único motivo que sirvió de base para negarles el cupo que solicitaban para su reingreso, fue su homosexualidad, pues no incurrieron en alguna causal de sanción y su rendimiento académico siempre fue satisfactorio; como consecuencia de ello ordenó al colegio garantizar el cupo.

3.5.4. Una sentencia importante en el ámbito educativo es la C-481 de 1998, en la que se demandó el artículo 46 (parcial) del Decreto 2277 de 1979, que consideraba que en el ejercicio de la práctica docente, el homosexualismo era una causal de mala conducta.

El problema jurídico de la sentencia fue si la ley puede o no configurar el “homosexualismo” como falta disciplinaria sin afectar los derechos fundamentales a la intimidad, la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los docentes. La Corte declaró inexecutable la expresión “El homosexualismo” del literal b) del artículo 46 del mencionado decreto.

La Corte consideró que toda diferencia de trato de una persona debido a su orientación

sexual, 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 juicio estricto.

Esta situación resulta más intolerable y violatoria de la igualdad si se tiene en cuenta que un trato distinto fundado en la diferente orientación sexual rara vez cumple algún propósito constitucionalmente relevante, por cuanto la preferencia sexual no sólo es un asunto íntimo que sólo concierne a la persona sino que, además, no se encuentra casi nunca relacionada con las capacidades que el individuo debe tener para adelantar un trabajo o cumplir una determinada función. Por ende, la marginación de los homosexuales denota usualmente una voluntad de segregar y estigmatizar a estas poblaciones minoritarias, por lo cual la diferencia de trato por razón de la orientación sexual resulta sospechosamente discriminatoria.

Esta sentencia puede denominarse de reconceptualización, porque introduce una nueva interpretación que permite comprender la nueva postura de la Corte frente al tema que atañe, así en la sentencia en estudio, la Corte señala una subregla interpretativa frente a la homosexualidad, al definirla como un asunto de orientación sexual y no de género, por lo tanto, hace parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, de la homosexualidad en sí misma, no puede derivarse una connotación de indignidad personal, ni una justificación para ningún tipo de discriminación, por ello, la norma que ve como una falta disciplinaria del docente su orientación sexual es considerada inconstitucional:

Uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra identificación como personas singulares es nuestra identidad sexual, tal y como la Corte lo tiene bien establecido. Ahora bien, algunos teóricos distinguen entre la identidad sexual y la orientación o preferencia sexual. Así, la primera se refiere al hecho de que una persona se siente partícipe de un determinado género con el cual se identifica, mientras que la segunda hace relación a las preferencias eróticas del individuo.

Sin embargo, en general las doctrinas coinciden en que, a pesar de esa distinción, la orientación o preferencia sexual es un elemento esencial de la manera como una persona adquiere una identidad sexual. Así las cosas, es lógico concluir que 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 (C.P. art. 16).

3.5.5. En la Sentencia T-435 de 2002, la madre de una estudiante, consideró que la entidad educativa vulneró los derechos fundamentales de su hija a la igualdad, la intimidad personal y familiar, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la educación, al darle un trato discriminatorio cancelándole la matrícula por el hecho de ser lesbiana, según dice la accionante.

La Corte consideró que la elección de la orientación sexual es una clara manifestación y materialización del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de modo que, el establecimiento educativo no podía coartar tal elección, so pretexto de pretender inculcar valores homogéneos a todos los estudiantes, no respetando sus diversas tendencias, asimismo, afirmó que la asunción de actitudes discriminatorias por parte un directivo académico era inaceptable, ya que se trataba de una persona que tiene a su cargo la dirección del proceso educativo, cuyo objetivo principal es precisamente la formación integral de niños y jóvenes en un paradigma de organización social que propende por la igualdad en la diferencia, por el respeto a la singularidad de cada uno de sus asociados y por la reivindicación de su condición de sujetos libres y autónomos, titulares de derechos fundamentales tales como los consagrados en los artículos 13 y 16 de la C.P.

En el caso concreto, para la Corte fue claro que las directivas del colegio buscaron coartar la libertad de la hija de la peticionaria en lo que se refiere su orientación sexual:

Esto constituye una injerencia indebida en las decisiones que pertenecen al ámbito de la vida privada de la menor, ya que ésta, a sus 16 años de edad, tiene toda la capacidad para autodeterminarse y escoger libremente su condición sexual (...) la Corte encuentra además que no existe ninguna prueba contundente que demuestre que la menor tiene una relación con su compañera (...). Todo lo que se dice sobre la misma está basado en especulaciones y juicios de valor que no le corresponde al colegio realizar.

No obstante, si así fuera, el plantel educativo no puede asumir una actitud discriminatoria frente a las menores, quienes, en virtud del derecho al libre desarrollo de la libertad, tienen plena potestad de elegir sus tendencias sexuales.

Al realizar el estudio del manual de convivencia, encontró que éste explícitamente prohibía el lesbianismo: “El artículo 6º del artículo 21 del reglamento establece como causal de cancelación de la matrícula “practicar conductas inmorales como: (...) lesbianismo...”.

La Corte observa que esta prohibición se sale del ámbito de competencia del colegio, pues este no puede impedir que sus estudiantes opten por la homosexualidad como condición de su sexualidad. Entonces, para la Corte un manual de convivencia de un establecimiento educativo, no puede limitar válidamente el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores educandos en lo que respecta a su sexualidad, alegando la conveniencia de la restricción dentro de su plan pedagógico.

Sin embargo, la Corte consideró que la decisión de cancelar la matrícula de la estudiante tuvo pleno asidero jurídico, porque no fue como consecuencia de su orientación sexual, si no por algunas faltas cometidas por la estudiante. En consecuencia, no ordenó el reintegro de la menor al colegio, pero conminó al colegio demandado para que se abstuviera de adelantar actuaciones discriminatorias en sus decisiones.

3.6. Conclusiones.

3.6.1. Respecto del alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad:

i) Este derecho protege la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia.

ii) El derecho al libre desarrollo de la personalidad, al igual que el derecho a la igualdad, es de carácter relacional. Por tanto, la Corte ha distinguido dos situaciones: (i) cuando el asunto sobre el que se produce la decisión sólo interesa a quien la adopta y no afecta derechos de terceros, ni compromete valores objetivos del ordenamiento que otorguen competencias de intervención a las autoridades, motivo por el cual, el ámbito decisorio se encuentra incluido dentro del núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y (ii) cuando la decisión versa sobre una cuestión que compromete derechos de terceros o se relaciona con valores objetivos del ordenamiento que autorizan la intervención de las autoridades.

iii) Aquellas restricciones que se produzcan en la “zona de penumbra” del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad son susceptibles de ser controladas por el juez constitucional, quien deberá constatar, a través del denominado juicio de proporcionalidad, que éstas sean razonables y proporcionadas y, por ende, ajustadas a las normas de la Carta.

3.6.2. Respeto del derecho a la educación:

i) Dado que la identidad sexual es una clara manifestación y materialización del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el establecimiento educativo no puede coartar tal elección, so pretexto de ir en contra de las reglas establecidas en el manual de convivencia, pretendiendo inculcar valores homogéneos a todos los estudiantes, y con ello desconociendo sus diversas tendencias.

ii) Nuestra Carta consagra el respeto al pluralismo como uno de los pilares fundamentales del Estado, principio que debe ser acatado también por los establecimientos educativos, inculcando en los alumnos el respeto por la diversidad, y no la intolerancia frente a la diferencia.

3.6.3. Respeto de los manuales de convivencia[31]:

i) Ni el Estado, ni los particulares, están autorizados jurídicamente para imponer patrones estéticos excluyentes, mucho menos en los establecimientos educativos. El fundamento de esta regla es que la tolerancia y el respeto por la diferencia rigen el proceso de enseñanza y aprendizaje en un modelo de Estado Social de Derecho que optó por la defensa de la pluralidad y del multiculturalismo.

ii) La facultad que tienen los establecimientos educativos para definir el Manual de Convivencia encuentra sus bases y sus límites en el texto constitucional. Este tipo de documentos se asientan en el principio de la participación, prescrito en el artículo 40 constitucional, y correlativamente, vincula la actuación de los sectores involucrados en la conformación de dicho texto, es decir, los que constituyen la denominada comunidad educativa: padres de familia, estudiantes, profesores y directivos. No obstante, dicha facultad no es ilimitada, pues la Corte ha establecido que, este documento, por ser un contrato de adhesión, autoriza al juez de tutela a ordenar que se inaplique y modifique, cuando al cumplir normas contenidas en él se violen derechos fundamentales de al menos una persona.

4. Caso concreto.

4.1. Kim, fue matriculada en la Institución Educativa INEM José Félix de Restrepo, para

cursar el año académico 2013. Ella se identifica sexualmente como persona trans, por eso, a pesar de tener sexo masculino, el 25 de enero de 2013 se presentó al colegio portando el uniforme femenino de la institución. Como consecuencia de ello fue enviada a su casa, advirtiéndole que debería presentarse con el uniforme de varones. Posteriormente, optó por utilizar el uniforme unisex del centro educativo, recibiendo la misma advertencia por parte de las autoridades educativas, esto es, que debía portar el uniforme establecido en el manual de convivencia acorde a su sexo.

La abuela de Kim interpuso acción de tutela solicitando la protección de los derechos fundamentales de su nieta, porque considera que ser transexual hace parte del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y que al coartarle su identidad sexual, se le impide continuar sus estudios en la institución.

El rector de la institución accionada considera que la conducta de Kim irrespeta el manual de convivencia y el uniforme. Básicamente, la defensa del demandado se funda en las consideraciones que la Corte Constitucional hizo en la sentencia T-569 de 1992, resaltando que “si las conductas homosexuales invaden la órbita de los derechos de las personas que rodean al individuo, e inclusive sus actos no se ajustan a las normas de comportamiento social y escolar, aquellas no pueden admitirse ni tolerarse. (...)”.

Los jueces de instancia negaron el amparo. En primera instancia se consideró que el estudiante se debe regir por el reglamento estudiantil, el cual aceptó respetar cuando fue matriculado, “pues de no ser así, que objetivo tendría para una institución, quien es precisamente la garante de brindar a estos una adecuada educación integral tanto en lo académico como en la formación personal.” El juez de segunda instancia consideró que este caso no se trata de un tema meramente estético, “si no de un aspecto que tiene que ver directamente con la identidad sexual, con la condición de género y con la manera de expresar la misma, dentro de los límites del derecho ajeno y el orden jurídico, concretamente en el ámbito escolar, donde los educandos están inmersos todavía en la etapa de exploración de sus opciones vitales, sin que sea dable esperar que tomen una decisión radical y definitiva frente a la temática a tan temprana fase de su formación, pero sí que se identifiquen, por lo menos en su presentación exterior, como lo sugiere su género, hasta tener otros elementos de juicio que indiquen lo contrario.”

4.2. Antes de resolver el problema jurídico planteado, es necesario hacer una precisión conceptual sobre la identidad sexual de Kim, esto con el fin de establecer la importancia que para ella tiene el hecho de vestirse de mujer.

La orientación sexual y la identidad sexual son dos conceptos diferentes. Lo primero se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas, se pueden resumir en heterosexual, homosexuales y bisexuales[32]. Lo segundo – identidad sexual – es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales; pueden ser personas trans o intersexuales[33].

El transgenerismo (personas trans) es un término paraguas –que incluye la subcategoría transexualidad y el travestismo, así como otras variaciones- es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. Existe un cierto consenso para referirse o autoreferirse las personas transgénero, como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o persona trans o trans, cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización masculino-femenino. Por otra parte, las personas transexuales (transexualismo) se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social. La intersexualidad se ha definido como “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente” (Mauro

Cabral, 2005).

4.3. Si bien en la demanda de tutela, la abuela dijo que Kim era homosexual, en la declaración hecha por ella en sede de revisión se identificó como persona trans. Entonces, el caso que nos ocupa se encasilla en una presunta vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad y la educación, y como consecuencia de ello una posible discriminación con razón de la identidad sexual de la estudiante.

Las personas trans son aquellas que no están conformes con su sexo biológico ni con la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a ellas, por lo tanto, parte de su identidad es ser lo más parecido posible al género contrario al asignado genéticamente. Las mujeres trans son personas que se sienten, piensan y actúan como mujeres aunque nacieron con genitales masculinos. Por consiguiente se les debe tratar en femenino como a las demás mujeres, y no solo en el ámbito familiar o de su intimidad, si no en la sociedad, incluyendo las instituciones educativas.

4.4. El artículo 16 constitucional consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, este derecho consiste en dar la posibilidad a cada persona para optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional. Por ello esta Corte y la doctrina han entendido que ese derecho consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no afecten derechos de terceros.

Según Kim, ella ha optado por un estilo de vida guiado por la identidad sexual que considera es la adecuada para ella; y por tratarse de algo implícito de la persona, en principio, nadie debe inmiscuirse en la manera como desea autodeterminarse, puesto que es el modelo de vida que decidió adoptar acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, lo cual está garantizado con su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ahora bien, tratándose de una adolescente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los asuntos relativos a la construcción de la sexualidad no están vinculados a la capacidad legal, en términos de mayoría o minoría de edad, sino al grado de madurez psicológica del individuo[34]. En el caso analizado, una joven que a la fecha de adopción de

este fallo tiene 17 años de edad, posee el nivel de autoconciencia suficiente para tomar decisiones autónomas frente a su identidad sexual.

Entonces, la definición de la identidad sexual no es un asunto que supone una orientación o formación, sino que está amparada en el ejercicio de la autonomía de la persona. Sin embargo, en aras de proteger al estudiantado, sí debe existir un proceso donde, a partir del conocimiento de la identidad sexual de la estudiante, se tomen las medidas necesarias para la adaptación de la estudiante y toda la comunidad educativa.

En la primera etapa, le corresponde al estudiante comunicar a las autoridades académicas de su situación, esto con el fin de activar un proceso de acompañamiento que brinde al alumno las herramientas necesarias para lograr una adecuada adaptación. En la segunda etapa, se debe incluir en dicho proceso a toda la comunidad educativa, para evitar la posible vulneración de derechos fundamentales del estudiante, evitando, por ejemplo, matoneo escolar.

En el caso concreto, Kim no comunicó al Colegio de su deseo de vestir el uniforme femenino, dada su condición de persona trans, así que, en principio, el colegio, al no tener conocimiento, actuó acorde con las exigencias previstas en el manual de convivencia, exigiéndole el uso del uniforme de varones, con el fin de preservar la disciplina en el colegio.

Sin embargo, una vez la Institución conoció de la situación concreta de Kim, debió iniciar el proceso de adaptación señalado anteriormente, y así permitirle contar con la asesoría necesaria para evaluar su situación concreta y encontrar las herramientas que le permitieran desarrollar su condición de mujer dentro de la institución educativa. No haberlo hecho de esta manera, puso a Kim en una situación de decidir entre: vestirse como mujer una vez terminados sus estudios, a las afueras del colegio; o renunciar a su derecho a la educación, con el fin de hacer efectivo el goce de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

4.5. Como se dijo en las consideraciones, el derecho del estudiante se vulnera cuando se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano. Por ende, las restricciones de las

autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho.

Por esto la Sala analizará si la limitación al derecho al libre desarrollo de la personalidad de Kim es razonable, bien sea porque una norma constitucional específica lo permite o porque con el goce de su derecho se vulneran derechos de terceros.

4.6. El juicio de razonabilidad que se va a realizar es estricto, porque recae sobre una medida – la norma del manual de convivencia que establece un uniforme para damas y otro para varones – que limita el goce de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y la educación de una persona trans, adicionalmente, porque la restricción que se establece al derecho al libre desarrollo de la personalidad se apoya en el uso de un criterio cuyo empleo se encuentra excluido por el derecho a la igualdad (art. 13).

En este juicio no sólo se exige que el fin de la medida sea legítimo e importante, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios constitucionales afectados con la misma.

4.6.1. La institución accionada, adoptó un manual de convivencia, “fruto y creación de toda la comunidad educativa”, el cual exige un tipo de uniforme para hombres y otro diferente para mujeres. Kim, quien se autodetermina como persona trans, decidió utilizar el uniforme femenino y como consecuencia de ello le fue prohibido el ingreso al colegio. El rector del instituto argumentó que se debe respetar el manual de convivencia porque con ello se asegura la disciplina y el orden en la institución.

Para la Sala, si bien la decisión de imponer un prototipo de uniforme acorde con el sexo de los estudiantes puede ser legítima, porque la Constitución no lo prohíbe; y puede perseguir un fin importante, como lo es la disciplina y el orden en la institución educativa (art. 67 CP); dicha determinación no cumple un fin imperioso constitucionalmente, porque con ella no

se busca cumplir un objetivo constitucional urgente o inaplazable.

4.6.2. El artículo 41 de la Constitución Política de Colombia establece que “En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la instrucción cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución” Por su parte, el artículo 67 de la Carta Política consagra la educación como un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social, del cual son responsables el Estado, la sociedad y la familia.

La Corte Constitucional ha entendido que la realización efectiva del derecho a la educación exige un proceso de interiorización y práctica efectiva por parte de todos los miembros de la comunidad educativa, de principios fundamentales para la convivencia armónica, tales como la tolerancia, el respeto a la diversidad, el pluralismo y la igualdad en la diferencia.

Para la Corte, el proceso educativo no debe incluir metodologías o prácticas que vulneren, desconozcan o transgredan los derechos fundamentales de los distintos actores que participan en el mismo (educandos, educadores, padres de familia, directivos etc.), y de su realización efectiva depende la realización paralela de los demás derechos fundamentales del individuo. La jurisprudencia constitucional entiende que sólo en la medida en que los valores y principios que aspiran a transmitir los educadores a sus alumnos constituyan realmente la base de sus propios e individuales proyectos de vida, su labor será efectiva; “sólo quien practica la tolerancia, quien respeta la diversidad y reconoce en el “otro” a uno igual a sí mismo, tendrá capacidad y legitimidad para contribuir desde el proceso educativo a formar a los niños y a los jóvenes en un paradigma ético sustentado en dichos principios.”

Es así como, los principios fundantes del Estado Social de Derecho, están dirigidos a garantizar el pluralismo y la igualdad de oportunidades, por lo tanto, no pueden existir en las instituciones educativas, medidas que restrinjan o condicionen el acceso a la prestación de un servicio público a cargo directamente del Estado, quedando supeditada dicha prestación a que el estudiante comparta y practique los mandatos de un determinado grupo social.

4.6.3. El artículo 87 de la Ley 115 de 1994, faculta a los establecimientos educativos para

crear un reglamento o manual de convivencia, en el cual se definen los derechos y obligaciones de los estudiantes. También señala que los padres o tutores y los educados al firmar la matrícula correspondiente en representación de sus hijos, aceptan las disposiciones del mismo.

4.6.4. La Corte comparte que el poder disciplinario de los establecimientos de educación sirve a los objetivos de la socialización, la transmisión de valores y la formación de la personalidad; y que la injerencia de terceras personas en el ámbito de la autonomía personal se justifica en la naturaleza misma de la educación, que tiene como objetivo conducir y regular la conducta del educando con el fin de posibilitarle acceder a los bienes y valores de la cultura, acorde lo estipula el artículo 67 Superior.

Sin embargo, ese poder disciplinario debe ser proporcionado a sus fines y ejercitarse de conformidad con otros valores constitucionales igualmente protegidos, porque como se señaló anteriormente, el principio democrático, y su núcleo esencial de respeto a los derechos fundamentales, orienta el proceso educativo.

4.7. Con lo hasta aquí señalado, la norma del reglamento estudiantil al establecer un uniforme para damas y otro para varones, no implicaría vulneración alguna a los derechos de los estudiantes, pero si con ello se impide el goce del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del estudiantado, y más aún cuando con ello se restringe el acceso a la educación de una persona que no se siente identificada con el uniforme de su sexo biológico, poniendo por encima el cumplimiento del reglamento, dicha medida no cumple con un fin constitucional imperioso.

Esto por cuanto si bien la disciplina y el orden en los establecimientos educativos cumplen un fin constitucional, no es urgente o inaplazable el cumplimiento de este fin cuando con ello se hacen nugatorios otros derechos fundamentales de alguno o algunos de los integrantes de la comunidad educativa, en este caso de Kim.

Ahora bien, en el caso concreto, Kim debió comunicar a las autoridades educativas su condición de persona trans, y no acudir de manera sorpresiva vestida con el uniforme femenino. Sin embargo, una vez la Institución conoció de su condición, debió establecer un protocolo de seguimiento y acompañamiento como el señalado anteriormente, situación que no hizo, dejando desertar al estudiante del colegio.

En el caso concreto, es procedente ordenar el inicio de un proceso de adaptación para la estudiante y, de ser necesario, la inaplicación de la norma del reglamento estudiantil que establece un uniforme para cada estudiante acorde con su sexo.

Además, porque el vestirse como mujer no vulnera derechos fundamentales de terceros, que en este caso sería la comunidad educativa, pues como se dijo, uno de los objetivos constitucionales de la educación, es el de inculcar valores como la tolerancia y el respeto a la diversidad, y una de las maneras de cumplir con este objetivo, es interactuando y aceptando a personas con estilos de vida diferentes. En este caso, el rector del colegio manifestó que los estudiantes de la institución son respetuosos de “las tendencias sexuales de sus compañeros y de cualquier otro miembro de la comunidad educativa en general” y porque Kim dice que tiene “muchos amigos en el colegio, no tengo problemas con ninguno por mi condición sexual”. Con todo, de las pruebas aportadas al proceso no se evidencia que la decisión de vida adoptada por Kim vulnere derechos fundamentales de terceros.

4.7.1. Por otra parte, si bien el rector, la coordinadora y la psicoorientadora del instituto asumieron una posición en defensa del reglamento estudiantil, como en principio es su función, impidiendo la entrada al colegio del menor, a juicio de la Corte, estas autoridades debieron optar por otro tipo de medidas menos perjudiciales para la estudiante.

Como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, una de las dimensiones del derecho a la educación es garantizar la permanencia en el sistema educativo, con esto se protege el derecho a conservar la educación básica sin que existan criterios de exclusión irrazonables. Esto, en concordancia con el artículo 42 del Código de Infancia y Adolescencia, que obliga a las instituciones educativas a garantizar la permanencia de los adolescente en el sistema educativo, haciendo respetar en toda circunstancia la dignidad de los miembros de la comunidad, abriendo espacios de comunicación con los padres de familia para el seguimiento del proceso educativo y proporcionando democracia en las relaciones dentro de la comunidad.

Lo anterior permite advertir que las autoridades educativas debieron tomar todas las medidas necesarias para que Kim permaneciera en el colegio, y no asumir una posición pasiva respecto de su renuencia a volver a la institución, cuando su decisión tiene una

justificación constitucional y es el goce de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

Por todo lo anterior, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, el 21 de marzo de 2013, que confirmó el fallo del Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, del 14 de febrero de 2013, que negó el amparo; en su lugar se tutelarán los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de Kim.

Adicionalmente, la Sala considera conveniente ordenar a la institución educativa, que tome las medidas necesarias para lograr la nivelación de Kim respecto de los demás estudiantes, esto porque como consecuencia de la vulneración de sus derechos fundamentales, ella sufrió atrasos en sus actividades educativas.

Advierte la Sala que la decisión adoptada no constituye un argumento válido para que Kim pierda de vista que el derecho a la educación tiene una naturaleza de derecho-deber, motivo por el cual, las obligaciones académicas y disciplinarias deben ser cumplidas por su parte y que si no lo hiciere podría ser sancionada en la forma y siguiendo los procedimientos que establezca el reglamento de la institución.

5. Razón de la decisión.

5.1. Síntesis del caso.

Kim es una persona menor de edad que se autodetermina como persona trans – siendo genéticamente hombre, se considera mujer -. Como consecuencia de su identidad sexual, quiso asistir al colegio con el uniforme de damas, pero las directivas no le permitieron el ingreso a la institución educativa porque el reglamento estudiantil establece un uniforme para varones y uno para damas.

Para la Corte, Kim debió haber comunicado a las autoridades de su condición, y no, de manera sorpresiva acudir a la institución con el uniforme femenino del Colegio. Sin embargo, una vez las autoridades educativas se enteraron de los hechos, vulneraron el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la estudiante y su derecho a la educación, sin un sustento razonablemente constitucional, al no iniciar un proceso de estudio de la

situación concreta y la posterior adaptación de la estudiante con la comunidad educativa. Esto por cuanto, si bien la disciplina y el orden en los establecimientos educativos cumplen un fin constitucional, no es urgente o inaplazable el cumplimiento de este fin cuando con ello se vulneran otros derechos fundamentales de alguno o algunos de los integrantes de la comunidad educativa, como en este caso serían los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la educación.

Por lo anterior, la Corte resolvió revocar las decisiones de los jueces de instancia que negaron la protección de los derechos fundamentales, y en su lugar, tuteló los derechos fundamentales a la educación y al libre desarrollo de la personalidad.

5.2. Regla de la decisión.

Se deben tutelar los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de un menor de edad que se autodetermine como persona trans cuando, una vez el estudiante comunica de su condición, el Colegio no inicia un proceso de adaptación con el menor y con la comunidad educativa tendiente a mantenerlo en el sistema educativo, con el fin de que no se limite el goce del derecho al libre desarrollo de la personalidad sin una justificación constitucionalmente razonable.

III. DECISIÓN

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, el 21 de marzo de 2013, que confirmó el fallo del Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, del 14 de febrero de 2013, que negó el amparo.

Segundo.- CONCEDER los derechos fundamentales de Kim al libre desarrollo de la personalidad y a la educación.

Tercero.- ORDENAR al Instituto Educativo INEM José Félix de Restrepo a través de su

representante legal o de quien haga sus veces, que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, si aún no lo ha hecho, y si la estudiante así lo desea, matricule a Kim en el grado 9º o uno superior, de acuerdo con la nivelación a la que hace referencia el siguiente numeral, permitiéndole usar el uniforme femenino de la Institución. A su vez, dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, deberá hacer un estudio de la situación particular de Kim, iniciando un proceso de adaptación tanto para la estudiante como para toda la comunidad educativa.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto Educativo INEM José Félix de Restrepo a través de su representante legal o de quien haga sus veces, que tome las medidas necesarias para lograr la nivelación académica de Kim.

Quinto.- ORDENAR al Instituto Educativo INEM José Félix de Restrepo que, a través de su representante legal o de quien haga sus veces, en la cátedra de estudio de la Constitución Política de Colombia, generen espacios de debate acerca del derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de los principios de tolerancia, pluralismo, respecto a la diversidad y la igualdad en la diferencia, desarrollados en esta providencia.

Sexto.- ORDENAR al Instituto Educativo INEM José Félix de Restrepo que, a través de su representante legal o de quien haga sus veces, los docentes, coordinadores y el área de psicología, preparen un protocolo de acompañamiento a los casos como el expuesto en esta sentencia.

Séptimo.- ORDENAR a la Personería Municipal de Medellín que, en uso de sus facultades legales, haga seguimiento a las órdenes proferidas en esta providencia, en aras de garantizar la continuidad de Kim en el centro educativo, si ella así lo desea.

Octavo.- Le corresponde al Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, como juez de primera instancia en el proceso de tutela de la referencia, velar por el cumplimiento de lo aquí ordenado.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y

cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-562/13

DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL Y DE GENERO-En caso de menores de edad, exige estudios especializados por parte de expertos que frente al caso del accionante, consideren que el acto de portar uniforme de niñas constituya el camino indicado para reafirmar su identidad sexual (Salvamento de voto)

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-No vulneración de comunidad educativa a estudiante transexual que decidió portar uniforme de niñas (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-3.867.025

Acción de tutela instaurada por Luz Elena Vásquez Yépez contra Institución Educativa INEM

José Félix Restrepo.

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Con el respeto que siempre profeso por las decisiones de esta Corte, me permito disentir de la decisión que fue tomada por la mayoría en el presente asunto, por las razones que paso a exponer:

1. Comienzo por precisar que, de conformidad con la Ley 115 de 1994, artículo 87, se define al manual de convivencia como el documento en el que se reglamentan los derechos y obligaciones de los estudiantes, que es aceptado por los padres o tutores y educandos al momento de firmar la matrícula.

El manual de convivencia de la entidad educativa accionada se define como un “pacto social” en el que mediante un proceso racional, dialógico, y consciente, los deberes se aceptan como imperativos exigibles, independiente de los objetivos de cada quien en el camino de su autorealización.

Dentro de las pautas[35] de presentación personal que deben regularse en el Manual de Convivencia, el Colegio accionado distingue como objetivos del uso del uniforme: 1) el sentido de pertenencia con la Institución, 2) convertirse en carta de presentación e identificación de la institución, 3) ser un alivio económico para los padres y 4) propender hacia la igualdad y evitar así la competencia por marcas y moda en el estilo de vestir,[36] objetivos que no se evidencian discriminatorios, ni irrespetuosos de la diversidad sexual.

Examinada la actuación de la entidad educativa y las pruebas[37] que obran en el expediente de tutela se puede concluir que no existió una actitud de rechazo por parte de las directivas del Colegio al aceptar la identidad sexual de “Kim” y su autonomía en el proceso de sentirse y actuar como una mujer. Fue admitido bajo la condición de homosexual, lo que, desde un principio, puso de presente su acudiente; nunca existió reproche o direccionamiento para que adopte una conducta acorde con un género determinado, en este caso, masculino y la exigencia del colegio se limitó al uso de la prenda de vestir conforme el manual de convivencia.

2. Expertos en el tema consideran que los elementos biológicos y psicológicos del ser humano constitutivos del sexo no son estables, por lo que debe descartarse según calificadas opiniones una concepción estática o inmutable de la sexualidad. El ser humano, a diferencia de las cosas, no es algo acabado compacto, finalizado. La vida humana es un constante e interrumpido quehacer entre la concepción y la muerte, en consecuencia, considerar el género como un elemento inmutable de la persona carece de validez[38].

En consideración a la precedente reflexión y teniendo en cuenta que “Kim” es menor de edad, no basta con una elocuente reafirmación de su identidad para considerar que su actitud es la más adecuada en el proceso de convertirse en transexual. En atención a lo señalado por la psicorientadora del Grado 9º, se advierte que solo hasta el año 2012 “Kim” decidió presentarse vestido de mujer y en su oportunidad se dialogó acerca de su identidad sexual, se indicó que siendo un adolescente no tiene la capacidad de asumir con madurez los cambios físicos en cuanto a su identidad de transgénero, lo cual exigió el acompañamiento del acudiente y fue recibido por la institución respetando su identidad dentro de los límites del manual de convivencia. Considera además que puede experimentar rechazo o burla por parte de los alumnos de grado sexto, quienes no están preparados para respetar su condición.

A mi juicio, las directrices establecidas por la Institución Educativa INEM José Félix Restrepo frente al caso de “Kim” son respetuosas de su identidad, su preocupación frente al acto de portar el uniforme de niñas no solo se refiere al hecho de exigir una norma del manual de convivencia, sino que se traduce en la preocupación por que “Kim” pueda asumir su identidad sexual acorde con su proceso de formación, brindarle acompañamiento junto con su acudiente y ofrecerle un espacio propicio dentro de la comunidad educativa.

La identidad de sexual de un individuo, más que definir una orientación erótica o preferencia, conlleva el hecho de identificarse con un determinado género. “Kim”, enfrenta un proceso de autodefinirse, lo que requiere de un acompañamiento psicológico. No se allega ningún concepto especializado que le permita concluir a la Sala que el uso del uniforme de niñas constituya un acto reafirmativo de su identidad, sin olvidar que se encuentra dentro de una comunidad educativa, cuyo rechazo o aceptación puede ser vital en el proceso de afianzar su identidad sexual.

Si bien hasta el momento los estudiantes y docentes han sido respetuosos de su identidad, el único concepto idóneo y calificado expresado por la psicorientadora del Colegio, muestra preocupación por el uso del uniforme de damas en cuanto puede generar rechazo, “bullying”, de parte de menores de edad que todavía se encuentran, al igual que “Kim”, en un proceso de formación y que requieren de preparación para aceptar y respetar la diversidad sexual. A mi juicio, el hecho de que se trate de menores de edad exige al menos estudios especializados de parte de expertos o personas autorizadas que frente al caso de “Kim” y conforme su entorno social, educativo y familiar, consideren que el acto de portar el uniforme de niñas constituya el camino indicado para reafirmar su identidad sexual.

La comunidad educativa conformada por estudiantes, directivos y docentes fue permisiva y respetuosa de la identidad sexual de la accionante. No cuestionó su comportamiento, o el uso de extensiones, accesorios, uñas y demás rasgos femeninos, que representan y definen su identidad sexual, así como permiten el libre desarrollo de su personalidad, lo que evidencia aceptación de su personalidad e identidad hasta ahora expresados y el seguimiento de un proceso gradual que ha realizado el establecimiento educativo atendiendo a la nueva condición de transexual que manifiesta.

Considero que existen elementos de juicio suficientes que indican que no existe una vulneración del derecho del libre desarrollo de la personalidad de “Kim”. La comunidad educativa debe encontrar los espacios que permitan el dialogo y la reflexión, en los cuales se fomenten valores como la tolerancia y el respeto. La institución educativa en el caso objeto de estudio muestra preocupación por morigerar la conducta del accionante no solo motivada por lo dispuesto en el manual de convivencia, su actuación se enmarca, a mi juicio, dentro de criterios razonables y proporcionados como es el de acoplar la autorrealización de “Kim”, a la comunidad educativa, dentro de valores y derechos como la autonomía, el respeto, la igualdad y la convivencia, de parte de los alumnos y directivos, lo que debe observar un acompañamiento idóneo y calificado, que exige de procesos escalonados y progresivos y que además requiere de concertación dentro de la Institución.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] El nombre real de Kim es Bryham Zuluaga Ríos, pero en consideración a que se autodetermina como persona trans, en toda la providencia cuando se quiere hacer referencia a Bryham se mencionará el nombre de Kim.

[2] Demanda presentada el 01 de febrero de 2013. En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[3] Todos los hechos planteados en este título son manifestaciones de la señora Luz Elena Velásquez Yépez.

[4] En el folio 10 esta copia del comprobante del documento en trámite, allí se indica que nació el 19 de agosto de 1995.

[5] ARTÍCULO 42. OBLIGACIONES ESPECIALES DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS. Para cumplir con su misión las instituciones educativas tendrán entre otras las siguientes obligaciones:

1. Facilitar el acceso de los niños, niñas y adolescentes al sistema educativo y garantizar su permanencia.
2. Brindar una educación pertinente y de calidad.
3. Respetar en toda circunstancia la dignidad de los miembros de la comunidad educativa.
4. Facilitar la participación de los estudiantes en la gestión académica del centro educativo.
5. Abrir espacios de comunicación con los padres de familia para el seguimiento del proceso educativo y propiciar la democracia en las relaciones dentro de la comunidad educativa.
6. Organizar programas de nivelación de los niños y niñas que presenten dificultades de aprendizaje o estén retrasados en el ciclo escolar y establecer programas de orientación psicopedagógica y psicológica.
7. Respetar, permitir y fomentar la expresión y el conocimiento de las diversas culturas nacionales y extranjeras y organizar actividades culturales extracurriculares con la comunidad educativa para tal fin.
8. Estimular las manifestaciones e inclinaciones culturales de los niños, niñas y adolescentes, y promover su producción artística, científica y tecnológica.
9. Garantizar la utilización de los medios tecnológicos de acceso y difusión de la cultura y dotar al establecimiento de una biblioteca adecuada.
10. Organizar actividades conducentes al conocimiento, respeto y conservación

del patrimonio ambiental, cultural, arquitectónico y arqueológico nacional. 11. Fomentar el estudio de idiomas nacionales y extranjeros y de lenguajes especiales. 12. Evitar cualquier conducta discriminatoria por razones de sexo, etnia, credo, condición socio-económica o cualquier otra que afecte el ejercicio de sus derechos.

[6] ARTÍCULO 43. OBLIGACIÓN ÉTICA FUNDAMENTAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. Las instituciones de educación primaria y secundaria, públicas y privadas, tendrán la obligación fundamental de garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar. Para tal efecto, deberán:

1. Formar a los niños, niñas y adolescentes en el respeto por los valores fundamentales de la dignidad humana, los Derechos Humanos, la aceptación, la tolerancia hacia las diferencias entre personas. Para ello deberán inculcar un trato respetuoso y considerado hacia los demás, especialmente hacia quienes presentan discapacidades, especial vulnerabilidad o capacidades sobresalientes. 2. Proteger eficazmente a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o psicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros y de los profesores. 3. Establecer en sus reglamentos los mecanismos adecuados de carácter disuasivo, correctivo y reeducativo para impedir la agresión física o psicológica, los comportamientos de burla, desprecio y humillación hacia niños y adolescentes con dificultades en el aprendizaje, en el lenguaje o hacia niños y adolescentes con capacidades sobresalientes o especiales.

[7] ARTÍCULO 44. OBLIGACIONES COMPLEMENTARIAS DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS. Los directivos y docentes de los establecimientos académicos y la comunidad educativa en general pondrán en marcha mecanismos para:

1. Comprobar la inscripción del registro civil de nacimiento. 2. Establecer la detección oportuna y el apoyo y la orientación en casos de malnutrición, maltrato, abandono, abuso sexual, violencia intrafamiliar, y explotación económica y laboral, las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil. 3. Comprobar la afiliación de los estudiantes a un régimen de salud.

4. Garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar. 5. Proteger eficazmente a los

niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o psicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros o profesores. 6. Establecer en sus reglamentos los mecanismos adecuados de carácter disuasivo, correctivo y reeducativo para impedir la agresión física o psicológica, los comportamientos de burla, desprecio y humillación hacia los niños, niñas y adolescentes con dificultades de aprendizaje, en el lenguaje o hacia niños o adolescentes con capacidades sobresalientes o especiales. 7. Prevenir el tráfico y consumo de todo tipo de sustancias psicoactivas que producen dependencia dentro de las instalaciones educativas y solicitar a las autoridades competentes acciones efectivas contra el tráfico, venta y consumo alrededor de las instalaciones educativas. 8. Coordinar los apoyos pedagógicos, terapéuticos y tecnológicos necesarios para el acceso y la integración educativa del niño, niña o adolescente con discapacidad. 9. Reportar a las autoridades competentes, las situaciones de abuso, maltrato o peores formas de trabajo infantil detectadas en niños, niñas y adolescentes. 10. Orientar a la comunidad educativa para la formación en la salud sexual y reproductiva y la vida en pareja.

[8] En Auto del veinticuatro (24) de abril de 2013 de la Sala de Selección de tutela No. 4 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

[9] Constitución Política, artículo 86.

[10] Sentencia T-844 de 2011.

[11] Sentencia T-995 de 2008.

[12] Sentencia T-197 de 2011.

[13] Sentencia T-124 de 1998.

[14] Sentencia T-532 de 1992.

[15] Sentencia T-542 de 1992.

[16] Sentencia C-507 de 1999.

[17] Sentencia T-429 de 1994.

[18] Sentencia T-124 de 1998.

[19] Sentencia T-532 de 1992.

[20] Ver en este sentido las sentencias T-324 de 1994; ratificado en la T- 787 de 2006. Lo anterior, por cuanto, de una parte, el artículo 44 superior reconoce que la educación es un derecho fundamental de todos los niños, y conforme al artículo 1° de la Convención sobre los derechos del niño – ratificada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991- la niñez se extiende hasta los 18 años, y de otra porque según el principio de interpretación pro infans –contenido también en el artículo 44-, debe optarse por la interpretación de las disposiciones que menos perjudique el derecho a la educación de los niños.

[21] Título II, Capítulo 2 de la Constitución Política de Colombia. “Derechos Sociales Económicos y Políticos” En el Inciso 5 del Artículo 67 (...)garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo (...) Con respecto a la Disponibilidad o La asequibilidad del servicio, la sentencia T-1259 de 2008 la explicó cómo “(...) la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas para ponerlas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso a este sistema, lo que implica, entre otras cosas, el deber de abstenerse de impedir a los particulares fundar colegios, escuelas o cualquier tipo de centro educativo y la necesidad de asegurar la inversión en infraestructura para la prestación de este servicio(...) ”

[22] Pacto Internacional de Derechos Humanos. (en adelante PIDESC). Artículo 13 “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; (...)” En el mismo sentido, los artículos 41 y 42 del Código de Infancia y Adolescencia, contemplan las obligaciones del Estado y de las Instituciones Educativas frente al derecho a la educación de los menores. Entre estas, se señala en los numerales 1 y 2 del Artículo 42 las siguientes: “Facilitar el acceso de los niños, niñas y adolescentes al sistema educativo y garantizar su permanencia y brindar una educación pertinente y de calidad.

[23] Sentencia T-290 de 1996.

[24] Sentencias T- 433 de 1997 y T-433 de 1997.

[25] Sentencia T-101 de 1998.

[26] Ídem.

[27] Sentencia T-062 de 2011.

[28] Véanse por ejemplo las sentencias T-043, 225, 366, 393, 459, 633, 636 y 667 de 1997, y T-101 y 124 de 1998.

[29] Sentencia T-124 de 1998.

[30] Sentencia T-067 de 1998.

[31] En las sentencias SU-641 y SU-642 de 1998 esta Corporación unificó las reglas sobre la inaplicación de reglamentos estudiantiles y el libre desarrollo de la personalidad.

[32] La heterosexualidad hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. La homosexualidad hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Es preferible la utilización del término lesbiana para referirse a la homosexualidad femenina y gay o gai para referirse a la

homosexualidad masculina o femenina. La bisexualidad hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Ver <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp>

[33] Ver <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp>

[34] Sentencia SU-337/99.

[35] Señalado en el Decreto 1860 de 1994, artículo 17, inciso 3º “Pautas de presentación personal que preserven a los alumnos de la discriminación por razones de apariencia.”.

[3 6]

http://inemjose.edu.co/colegio/attachments/article/47/2123_Manual%20de%20Convivencia%202014.pdf

[37] Declaraciones de directivos y docentes

[38] Perlingieri Note indtrodutive en D’addino -Perlingieri Stanzione. “Probelmi Giurice del Transesualismo. Derecho a la identidad Personal Fernández Sessarego. Editorial Astrea 1992