

T-804-14

Sentencia T-804/14

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO-Caso de persona con orientación sexual e identidad de género distinta que le niegan cupo en institución educativa para cursar grado once

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO-Marco conceptual/ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO-Diferencias

La orientación sexual se refiere a la atracción física o emocional de una persona por otra (ya sea heterosexual, lesbiana, homosexual, bisexual o asexual), la identidad de género se refiere a la “experiencia personal de ser hombre, mujer o de ser diferente que tiene cada persona” (ya sea transgenerista [transexual, travesti, transformista, drag queen o king] o intersexual) y la forma en que aquella lo manifiesta a la sociedad (la expresión de género ha sido entendida como la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado. En efecto, una persona trans puede ser heterosexual, lesbiana, homosexual o bisexual, tal y como pueden serlo quienes no son transgénero.

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO COMO CRITERIOS SOSPECHOSOS DE DISCRIMINACION

PROHIBICION DE DISCRIMINACION Y CRITERIOS SOSPECHOSOS-Reiteración de jurisprudencia

Dentro de los criterios sospechosos de discriminación identificados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se encuentran aquellos sustentados en el sexo, la orientación sexual y la identidad de género.

CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE DISCRIMINACION Y LA LABOR DEL JUEZ EN SEDE DE TUTELA

La regla general en materia de pruebas en los procesos de tutela consiste en que quien

alega la vulneración de un derecho fundamental debe demostrar los hechos que sustentan su acusación, en la medida que ello sea posible. Específicamente sobre los actos discriminatorios, se ha dicho que el sujeto pasivo de la discriminación deberá demostrar: (i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo. Sin embargo, en algunos casos, quien alega la vulneración de sus derechos se encuentra en una posición de debilidad o subordinación frente a la persona de quien proviene la violación, por lo que en esos eventos se ha dado un alcance diferente al deber probatorio. Ahora, la labor del juez constitucional en el análisis probatorio es de suma importancia, en la medida que le asiste la responsabilidad de determinar si en efecto existió o no un trato discriminatorio. Así, el operador jurídico debe ser un partícipe activo y diligente tanto en la práctica como en el análisis de los elementos probatorios para resolver el caso concreto.

JUEZ DE TUTELA Y ANALISIS DE MEDIOS PROBATORIOS-El juez de instancia no analizó los medios probatorios contenidos en el expediente, ni se refirió a los supuestos fácticos expuestos por la accionante por discriminación en razón de la orientación sexual

JUEZ DE TUTELA-El fallador sustentó su decisión en una jurisprudencia que había sido totalmente reevaluada y no constituía precedente jurisprudencial respecto al derecho a la educación y la población LGBTI

DERECHO A LA EDUCACION, AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA IGUALDAD-Orden a Institución Educativa disponer, durante dos periodos académicos, el cupo estudiantil en caso de que la accionante lo requiera y cumpla requisitos

LLAMADO A PREVENCION AL JUEZ DE TUTELA-Caso en que se llama la atención para que en lo sucesivo realice un estudio concienzudo sobre los supuestos fácticos y el material probatorio de los casos puestos en su conocimiento

LLAMADO A PREVENCION AL JUEZ DE TUTELA-Caso en que se llama la atención para que no sustente sus decisiones en jurisprudencia que haya sido totalmente reevaluada y que no constituya precedente jurisprudencial

DERECHOS DE LA POBLACION LGBTI-Se exhorta a la Escuela Judicial para que desarrolle módulos sobre los derechos de las personas LGBTI donde se expliquen, entre otros asuntos, las diferencias entre los conceptos de orientación sexual e identidad de género, y la doctrina y jurisprudencia reciente sobre la materia

Referencia: expediente T-4428833.

Acción de tutela interpuesta por Luiyis Vargas Ortiz (Briana) en contra de la Institución Educativa Departamental John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil catorce (2014)

La Sala Quinta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela emitido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena, en la acción de tutela instaurada por Luiyis Vargas Ortiz (Briana) en contra de la Institución Educativa Departamental John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

1.1. Manifiesta que en el mes de febrero de 2013 se dirigió a la Institución Educativa Departamental John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena, donde le solicitó a un docente de la jornada nocturna un cupo para cursar el grado once.

1.2. Indica que dicho docente “[la] reparó de pies a cabeza” y le dijo “que sí había cupo

para ese grado, que trajera los papeles para legalizar la matrícula”. Señala que conforme con esa respuesta reunió la respectiva documentación para matricularse en el plantel educativo.

1.3. Sostiene que cuando regresó a la institución, el mismo docente le dijo que no había cupo porque “en el plantel educativo no se aceptan personas que se vistan de mujer, como [él era] un hombre no debía estar así vestido”.

1.4. Menciona que se fue muy decepcionada y llorando a su casa, donde buscó la orientación de sus familiares y amigos ya que no entendía “por qué no dejaban estudiar a una mujer trans, si la ley [las] protege”.

1.5. Con base en lo anterior, solicita que se le ordene a la institución educativa accionada: (i) permitirle cursar el grado once; (ii) a través de su rector, presentar excusas públicas ante los medios de comunicación locales por los tratos degradantes y humillantes cometidos en su contra y del resto de la comunidad LGBTI; y (iii) que le den instrucciones a los porteros, docentes y demás trabajadores, para que no aduzcan que se reservan el derecho de admisión cuando trate de ingresar una persona con orientación sexual e identidad de género distinta.

1.6. Asimismo, pide que la Secretaría de Educación del Municipio redacte una circular que sea emitida en todas las entidades educativas, para que se garantice el respeto a la diversidad sexual y de género de los y las estudiantes cuando se presenten casos de personas transgeneristas. Finalmente, solicita que se le envíe copia del fallo a la Personería Municipal de Aracataca, a la Defensoría del Pueblo Regional Magdalena y a la Procuraduría Regional de Magdalena, con el propósito de hacerle un seguimiento a la orden judicial impartida.

2. Trámite procesal.

2.1. El 20 de agosto de 2013 el Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena, admitió la acción de tutela, corrió traslado a la Institución Educativa Departamental John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena y vinculó a la Secretaría de Educación Municipal para que rindieran un informe sobre los hechos puestos en conocimiento.

2.2. De igual forma, recibió las declaraciones juradas de Tomás Javier Santoya Mejía y Dorayne Lorena Fernández Ortiz solicitadas por la accionante, quienes comparecieron en el Despacho el 22 de agosto de 2013.

2.2.1. El señor Tomas Javier Santoya afirmó en su declaración lo siguiente: “debido a que el joven tuvo problema por su orientación sexual en su casa siempre se ha mantenido al lado mío como líder de la comunidad LGBTI, me comentó que quería en el colegio John F. Kennedy y nos encontramos mi prima y yo que lo acompañaras (sic) a la matricula del colegio, la prima y yo nos quedamos en la puerta esperando y al cabo rato vemos que él viene llorando porque le negaron el derecho a la educación por su orientación sexual en esos momentos y por eso después de un tiempo decidió interponer la tutela”[2].

Ante la pregunta del juez de conocimiento de si sabía o le constaba si el colegio accionado había negado el cupo a la accionante, el declarante señaló: “le negó el cupo por su condición sexual de traviste (sic)”.

2.2.2. La señora Dorayne Lorena Fernández, prima de la accionante, afirmó en su declaración lo siguiente: “Yo iba con Tomás Santoya y nos encontramos a Luiyis Vargas Ortiz, y nosotros le preguntamos porque (sic) estaba llorando y él no podía hablar bien y nos dijo que no querían dejar entrar al colegio a estudiar y nosotros lo acompañamos y los profesores no lo dejaron entrar y nos devolvimos y por eso él hizo esta tutela, no lo dejaban entrar por el sexo y por la forma de vestir, los profesores decían que él no podía entrar, él fue a ingresar para estudiar y le negaron el estudio, la educación no se le niega a nadie sea cualquier sexo, es todo”[3].

Ante la pregunta del juez de conocimiento de si sabía o le constaba si el colegio accionado había negado el cupo a la accionante, el declarante señaló: “Por el sexo, porque él es guei (sic) y la educación no se le debe negar a nadie, le dijeron que él no podía ingresar al colegio y él por eso tomó la decisión de colocar la tutela, porque él quiere terminar sus estudios como todo ser humano”.

3. Contestación de la institución educativa accionada.

Myriam Margarita Quevedo Arrieta, rectora de la Institución Educativa Departamental John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena hace referencia, en primer lugar, a lo afirmado por los

señores Jorge Isaac Echeverría del Valle, Hillancizar Iván Sabalza Solano y William Miguel Sánchez Rueda, quienes trabajan en dicho centro educativo, tal y como se reseña a continuación:

(i) El señor Jorge Isaac Echeverría del Valle, quien se desempeña como coordinador de la jornada nocturna, manifestó:

“A mediados del mes de febrero del presente año, se presentó en las horas de la noche en las instalaciones de la sede principal, un joven con apariencia masculina vestido como mujer, para averiguar si había cupo para el grado once (ciclo VI), correspondiente al Programa para Jóvenes en Extra edad y Adultos que se lleva a cabo en la institución, al que se le manifestó que sí había cupo. El joven en mención manifestó que retiraría los papeles de la Institución Educativa Gabriel García Márquez (INDEGAMA) para matricularse. También se le informó que debía pedir la carta de liberación del SIMAT, para poder realizar la matrícula.

Igualmente se le preguntó al joven cuáles eran las razones para retirarse el INDEGAMA, a lo que manifestó que había tenido problemas con la esposa de un profesor de esa institución de la jornada nocturna y que él no quería problemas.

Luego el joven se retiró de la coordinación donde también se encontraba el profesor de matemáticas Hillancizar Sabalza Solano, manifestando que regresaría con los papeles para matricularse, nuevamente se le recordó la carta de liberación del SIMAT, para poder realizar la matrícula.

A mediados de mayo del presente año se presentó nuevamente el joven en mención preguntando que si todavía había cupo, a lo que se le respondió que el proceso de matrícula se había cerrado, debido a que la institución ya había consolidado y entregado matrícula a la Secretaría del Departamento del Magdalena e igualmente había entregado las novedades del proceso de matrícula, como consta en la Resolución N° 1086 de noviembre 1 de 2012. Igualmente se le informa que el primer periodo académico del año 2013 ya había terminado, según el cronograma de actividades de la institución”[4].

(ii) El señor Hillancizar Iván Sabalza Solano, quien se desempeña en el cargo de docente de la jornada nocturna sostuvo:

“[P]or el mes de febrero estando en la coordinación con el profesor JORGE ECHEVERRÍA llegó un joven que por su apariencia pertenecía a la comunidad LGBTI, pidiendo información si había cupo para el grado once de la jornada nocturna, el coordinador le informó que sí había cupo, que tenía que traer la documentación, lo mismo que la carta de liberación del SIMAT (...) que el profesor JORGE ECHEVERRÍA lo recibió de una manera amable como es costumbre en él; desde que recibió la información el joven salió de la coordinación diciendo que volvería con los papeles para matricularse y nuevamente el profesor JORGE ECHEVERRÍA le recordó la carta de liberación del SIMAT, ya que sin ese documento no se podría realizar la matrícula”[5].

(iii) Finalmente, la rectora reseñó lo manifestado por el señor William Miguel Sánchez, quien se desempeña como celador del plantel en horas de la noche, en los siguientes términos:

“[P]or el mes de febrero llegó un hombre vestido de mujer a preguntar si había cupo para el grado once, él le informó que no sabía, pero que siguiera que hay (sic) estaba el coordinador quien le podría dar información, el joven entró solo a la coordinación y después de un rato salió. Por el mes de mayo se presentó el mismo joven preguntando que si estaba el coordinador, él le dije que sí y entró solo a la institución, después de unos minutos salió”[6].

De igual forma, la rectora afirma que cuando Briana se acercó a las instalaciones del colegio el proceso de matrícula ya había culminado. Además, según informa, la peticionaria nunca presentó la documentación para realizar el proceso de matrícula, sino que siempre se dirigió al plantel educativo para solicitar información. Asimismo, asegura que la Institución Gabriel García Márquez, donde Briana cursó grado 10º, certificó que el mismo no fue aprobado.

Por otro lado, resalta que de acuerdo con el Proyecto Educativo Institucional -PEI- en la institución educativa “se brindan todas las posibilidades para que los niños, niñas y jóvenes de la población estudiantil reciban sin exclusión las bondades de un currículo inclusivo y responsable frente a la defensa de los derechos humanos de la niñez en nuestro entorno”. Finalmente, menciona que el plantel ha brindado la oportunidad a estudiantes pertenecientes a la comunidad LGBTI para que reciban educación en ese lugar y hace mención al caso de otro estudiante graduado en 2009.

4. Sentencia objeto de revisión constitucional.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena mediante sentencia de treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013), concedió la protección de los derechos fundamentales invocada. Luego de citar varios apartes de diferentes sentencias proferidas por la Corte Constitucional, el juez consideró:

“Como se puede observar el tutelante no se le ha negado el ingreso al plantel, sino que se le hizo la observación de acuerdo al manual de convivencia, toda vez que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto, pues debe armonizarse con el normal funcionamiento de las instituciones y con el ejercicio pacífico de las libertades. Aquí no se discriminó por su condición de homosexual, sino que el manual de convivencia exige unas condiciones de respeto

(...)

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 (Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-037 de 1995). (Subrayas y negrillas fuera del texto). Teniendo en cuenta lo anterior, esta sentencia puede ser calificada como consolidadora de la línea, ya que al igual que su antecesora (Sentencia T-569 de 1994), trata de definir una subregla de derecho constitucional en la relación de derecho a la educación y población LGBTI, que podría definirse del siguiente modo:

Sobre la individualidad pesa la sociedad mayoritaria. La ‘homosexualidad’ (sic) es una condición anormal que no debe afectar la disciplina de las instituciones y cuyas prácticas deben mantenerse al margen del manual de convivencia, ya que afectan ‘las buenas costumbres’ y la disciplina del colegio, siendo ésta entendida como una necesidad para cumplir una finalidad social, siendo inherente a la función educativa”[7].

Con base en esas consideraciones, concedió la protección de los derechos fundamentales “como lo es el ingreso al plantel educativo INSTITUCIÓN EDUCATIVA JHON F. KENNEDY, siempre y cuando esté ceñido al manual de convivencia la cual debe respetar como institución educativa” y ordenó a la rectora del plantel otorgar el cupo solicitado por la accionante.

Mediante escrito radicado el 9 de septiembre de 2013 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena, la rectora de la Institución Educativa Departamental John F. Kennedy informó que la accionante, hasta ese momento, no había presentado los documentos para finalizar el proceso de matrícula.

5.1. Acta de declaración juramentada rendida por Tomás Javier Santoya Mejía el 22 de agosto de 2013. (Cuaderno original, folio 18).

5.2. Acta de declaración juramentada rendida por Dorayne Lorena Fernández Ortiz, prima de la accionante, el 22 de agosto de 2013. (Cuaderno original, folio 19).

5.3. Resolución núm. 1086 del 1 de noviembre de 2012 “por la cual se establece el Calendario General para el periodo lectivo 2013 en el sector Educativo del Departamento del Magdalena”. (Cuaderno original, folios 24 a 27).

5.4. Cronograma de actividades académicas para el año 2013 de la Institución Educativa John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena. (Cuaderno original, folios 28 a 32).

5.5. Certificado de notas de Luiyis Vargas Ortiz para el grado décimo, expedido por la Institución Educativa Gabriel García Márquez. (Cuaderno original, folio 33).

5.6. Reporte del Sistema Integrado de Matrículas -SIMAT- para el año 2013 a nombre de Luiyis Vargas Ortiz. (Cuaderno original, folio 34).

6. Trámite surtido ante la Corte Constitucional.

6.1. Mediante auto calendarado el veinticinco (25) de septiembre de dos mil catorce (2014) la Corte dispuso practicar las siguientes pruebas:

6.1.1. A Myriam Margarita Quevedo Arrieta, rectora de la Institución Educativa

Departamental John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena, le solicitó que informara: (i) si la accionante allegó los documentos necesarios para efectuar el proceso de matrícula y si se encuentra estudiando actualmente en dicho plantel, en cumplimiento de la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena; (ii) de ser así, qué grado se encuentra cursando en este momento; y (iii) cuáles son las directrices contempladas en el reglamento, los estatutos y en el Proyecto Educativo Institucional, en relación con el asunto que nos ocupa.

6.1.2. A Luiyis Vargas Ortiz (Briana) le solicitó: (i) informar si allegó los documentos necesarios para culminar el proceso de matrícula en Institución Educativa Departamental John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena y si actualmente se encuentra estudiando en ese lugar, de conformidad con lo ordenado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena; (ii) en caso de ser negativa la respuesta al anterior interrogante, indicar: a) las razones por las cuales no efectuó el proceso de matrícula; y b) en qué centro educativo se encuentra culminando sus estudios; (iii) en caso contrario, esto es, de estar estudiando en la Institución Educativa Departamental John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena, informar de qué manera expresa su identidad de género en la forma de vestir cuando asiste al plantel educativo; y (iv) señalar si se ha presentado algún obstáculo o restricción relacionados con su identidad de género, que le impida recibir la educación en condiciones de igualdad respecto de sus demás compañeros.

6.2. La rectora del plantel educativo accionado no atendió el requerimiento de la Corte. Sin embargo, en comunicación telefónica sostenida con este Despacho el 14 de agosto de 2014, informó que la accionante nunca allegó los documentos para finalizar el proceso de matrícula, y por lo tanto, no se encuentra estudiando en la Institución Educativa John F. Kennedy.

6.3. La accionante tampoco allegó la información solicitada en sede de revisión y no fue posible por el Despacho del Magistrado Ponente sostener una comunicación telefónica con ella, en tanto los números de celular aportados se encuentran fuera de servicio.

No obstante, este Despacho sostuvo comunicación telefónica con el señor Tomás Javier Santoya Mejía, quien manifestó que Briana ya no se encuentra viviendo en Aracataca, Magdalena, sino en la ciudad de Valledupar, Cesar. Además, señaló que en este momento la

accionante no cuenta con un número de celular o fijo en el cual pueda ser ubicada y que la única forma de tener comunicación con ella es a través de la red social Facebook. A pesar de realizar la respectiva búsqueda, el Despacho no pudo contactarla.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

2.1. Briana manifiesta que en el mes de febrero de 2013 se dirigió a la Institución Educativa John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena donde solicitó un cupo estudiantil para cursar el grado once. Inicialmente le informaron que sí había cupo, por lo que reunió la documentación necesaria para realizar el proceso de matrícula. Sin embargo, según comenta, cuando regresó al plantel le dijeron que allí no aceptaban hombres vestidos de mujer y que por esa razón no podía estudiar en ese lugar.

Por lo anterior, solicita que se le ordene a la institución educativa accionada permitirle cursar el grado once; presentar excusas públicas por los tratos degradantes cometidos en su contra; darle instrucciones a quienes trabajan allí para que no aduzcan que se reservan el derecho de admisión cuando trate de ingresar una persona con orientación sexual e identidad de género distinta; que se le ordene a la Secretaría de Educación Municipal redactar una carta para que se garantice el respeto a la diversidad sexual y de género; y que se remita copia del fallo a la Personería Municipal, Defensoría y Procuraduría Regionales para que hagan seguimiento a la orden impartida.

En respuesta a la acción instaurada, Myriam Margarita Quevedo Arrieta, rectora de la Institución Educativa Departamental John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena, señaló que cuando Briana se acercó a las instalaciones del colegio el proceso de matrícula ya había culminado. Además sostuvo que la peticionaria nunca presentó la documentación para realizar el proceso de matrícula, sino que siempre se dirigió al plantel educativo para

solicitar información.

Para ello, hizo mención a las declaraciones del coordinador y de un docente de la jornada nocturna, quienes coincidieron en afirmar que a la accionante se le informó sobre la existencia del cupo en la institución y se le indicaron los documentos y requisitos que debía acreditar para culminar el proceso de matrícula. Así mismo, relató lo señalado por el vigilante del plantel, quien aseguró que la accionante acudió sola a dicha institución para solicitar información sobre los cupos estudiantiles.

Por otro lado, aseguró la rectora que la Institución Gabriel García Márquez, donde Briana cursó grado 10º, certificó que el mismo no fue aprobado. Resaltó que de acuerdo con el Proyecto Educativo Institucional -PEI- en la institución educativa “se brindan todas las posibilidades para que los niños, niñas y jóvenes de la población estudiantil reciban sin exclusión las bondades de un currículo inclusivo y responsable frente a la defensa de los derechos humanos de la niñez en nuestro entorno”. Finalmente, mencionó que la institución ha brindado la oportunidad a estudiantes pertenecientes a la comunidad LGBTI para que reciban educación en ese lugar.

En decisión de única instancia el Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena, concedió la protección de los derechos fundamentales invocados “como lo es el ingreso al plantel educativo (...) siempre y cuando esté ceñido al manual de convivencia la cual debe respetar como institución educativa” y ordenó a la rectora del plantel otorgar el cupo estudiantil. El fallador consideró que a la accionante no se le había negado el ingreso al plantel, sino que se le había hecho una observación de acuerdo al manual de convivencia. De igual forma, citó jurisprudencia de esta Corporación en la que se afirma que quien presenta una condición anormal, como lo es la homosexualidad, no puede afectar con su conducta la disciplina de las instituciones.

En cumplimiento de dicha providencia la rectora de la institución educativa accionada, mediante oficio del 19 de septiembre de 2013, le informó al juzgado que, a la fecha, Briana no se había presentado para legalizar la matrícula.

En sede de revisión, esta Corporación solicitó información para aclarar y complementar los supuestos fácticos planteados, pero ninguna de las partes atendió el requerimiento. Sin embargo, en comunicación telefónica con la rectora de la institución accionada, esta

manifestó que la accionante nunca se acercó al plantel para culminar el proceso de matrícula. Por otro lado, en conversación con Tomás Santoya Mejía, este afirmó que Briana ahora vive en Valledupar y que no cuenta con un número telefónico para ser contactada.

Ahora bien, dado que se ha dificultado la probanza por las mismas partes de los hechos descritos en la acción de tutela, la Sala se atenderá a lo demostrado en este asunto de conformidad con los medios probatorios que obran en el expediente.

2.2. Con base en los hechos descritos, corresponde a esta Sala de Revisión resolver el siguiente problema jurídico: ¿Constituye una vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de la accionante, el que una institución educativa departamental le denegara el cupo estudiantil con fundamento en su identidad de género?

Con el fin de dar respuesta a los anteriores interrogantes se hará una breve referencia respecto de: (i) la diferencia entre la orientación sexual y la identidad de género. Marco conceptual; (ii) la identidad de género como criterio sospechoso de discriminación; (iii) la carga probatoria de los actos discriminatorios y la labor del juez en sede de tutela. Con base en ello, (iv) resolverá el caso concreto.

3. Diferencia entre la orientación sexual y la identidad de género. Marco conceptual.

3.1. Este Tribunal considera necesario, de manera preliminar, hacer una precisión conceptual y diferenciación entre la orientación sexual y la identidad de género, con el fin de evitar ambigüedades terminológicas.

Lo anterior, por cuanto según se reseñó en el acápite de antecedentes, la accionante afirma ser una mujer trans. No obstante, las personas que rindieron la declaración juramentada ante el juzgado que conoció en única instancia el presente caso y que hacen referencia a los presuntos actos de discriminación de los que fue sujeto la peticionaria, así como el juez que decidió el asunto, usan términos diversos para explicar dicha situación.

En primer lugar, el señor Tomas Javier Santoya afirmó que Briana tuvo problemas por su orientación sexual y que su condición sexual de travesti fue la razón por la cual le negaron el cupo estudiantil. Por su parte, la señora Dorayne Lorena Fernández aseguró que el

colegio había negado el cupo por el sexo, por la forma de vestir y porque es gay. Adicionalmente, el Juez Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena al resolver el caso concreto, señaló que no existió discriminación por la condición de homosexual sino que se trataba de unas observaciones de acuerdo al manual de convivencia.

Es por lo anterior que la Sala considera necesario hacer la precisión conceptual previamente anotada.

3.2. La Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH- en el documento “Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos” definió los conceptos básicos del derecho internacional de los derechos humanos en relación a las personas LGBTI (acrónimo colectivo utilizado para referirse a las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans [travestis, transexuales y transgéneros] e Intersexuales).

En primer lugar, señaló la diferencia entre los conceptos sexo y género, el primero concebido como un hecho biológico y el segundo como una construcción social. El término sexo hace referencia a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, y el vocablo género se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas[8].

En otras palabras, “el sexo se asigna al nacer, hace referencia al estado biológico de una persona como hombre o mujer, y se encuentra asociado principalmente con atributos físicos tales como los cromosomas, la prevalencia hormonal y la anatomía interna y externa”[9]; el género se refiere a “los atributos, las actividades, las conductas y los roles establecidos socialmente (...) estos influyen en la manera en que las personas actúan, interactúan y en cómo se sienten sobre sí mismas”[10].

De la anterior diferenciación conceptual es posible comprender con mayor claridad lo que significa la orientación sexual y lo que se entiende por identidad de género. En el referido documento de la ACNUDH se define la orientación sexual como la capacidad de las personas de sentir atracción emocional, afectiva y sexual, ya sea hacia personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género. De igual forma, son explicadas las diferentes tipologías de orientación sexual, como se cita a continuación:

“La orientación sexual es independiente del sexo biológico o de la identidad de género; 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, de su mismo género o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con personas. Es un concepto complejo cuyas formas cambian con el tiempo y difieren entre las diferentes culturas[11]. Existen tres grandes tipologías de orientación sexual:

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. Se utiliza generalmente el término lesbiana para referirse a la homosexualidad femenina y gay para referirse a la homosexualidad masculina.

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 o también de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”[12]. (Resaltado fuera de texto).

En cuanto al concepto de identidad de género, el citado documento refiere que se trata de la vivencia interna del género según es experimentado por cada persona, sin que necesariamente corresponda al sexo asignado biológicamente. Asimismo, explica las variantes de identidad de género reconocidas, de la siguiente manera[13]:

“La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Existen variantes de la identidad de género:

a) EL TRANSGENERISMO (personas trans) es un término 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 este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. Existe un cierto consenso para referirse o autoreferirse a las personas transgénero, como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o persona trans o trans, cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización binaria masculino-femenino. El transgenerismo se refiere exclusivamente a la identidad de género del individuo y no a su orientación sexual que por lo tanto puede ser heterosexual, homosexual o bisexual.

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.

Otras subcategorías del transgenerismo no necesariamente implican modificaciones corporales. Es el caso de LAS PERSONAS TRAVESTIS. En términos generales, las personas travestis son aquellas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

b) LA INTERSEXUALIDAD integra a las personas que poseen características genéticas de hombres y mujeres y se ha definido como 'todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente'. Históricamente la comprensión de esta identidad biológica específica se ha denominado a través de la figura mitológica del hermafrodita, la persona que nace con 'ambos' sexos, es decir, literalmente, 'con pene y vagina'. En la actualidad, tanto en el movimiento social LGTBI, como en la literatura médica y jurídica se considera que el término intersex es técnicamente el más adecuado. Una persona intersex puede identificarse como hombre, como mujer o como ninguno de los dos mientras su orientación

sexual puede ser lesbiana, homosexual, bisexual o heterosexual”[14]. (Resaltado fuera de texto).

En complemento de lo citado, el transgenerismo abarca diversas identidades, las cuales han sido desarrolladas también por la jurisprudencia de esta Corporación, que en la sentencia T-314 de 2011 sostuvo:

“En Colombia, la categoría transgeneristas agrupa las identidades al margen del binarismo masculino-femenino y que diversifican la continuidad del sexo biológico con el género cultural. Es el nombre usado como forma de representación oficial que suele emplearse en las políticas públicas (Alcaldía Mayor de Bogotá, etc.).

Sin desconocer la complejidad del debate en torno a la categoría de transgeneristas, en una aproximación global puede señalarse que ella agrupa diversas identidades, tales como: (i) transexuales o personas que transforman sus características sexuales y corporales por medio de intervenciones endocrinológicas y quirúrgicas, noción que proviene especialmente de la medicina; (ii) travestis o personas que asumen una identidad atribuida socialmente al sexo opuesto, sobre el cual es pertinente precisar que algunas personas travestis intervienen sus cuerpos con hormonas y cirugías, pero no desean transformar quirúrgicamente sus genitales, advirtiéndose que con alguna frecuencia este término adquiere connotación negativa asociada al prejuicio y el insulto; (iii) transformistas, que suelen ser generalmente hombres que adoptan identidades femeninas en contextos de noche, festivos o de espectáculo; y (iv) drag queens o kings quienes asumen una identidad transgresora de los géneros en contextos festivos, en ocasiones exagerando rasgos de masculinidad”.

3.3. De lo anterior se concluye que ambos conceptos abarcan situaciones totalmente diferentes.

Mientras la orientación sexual se refiere a la atracción física o emocional de una persona por otra (ya sea heterosexual, lesbiana, homosexual, bisexual o asexual), la identidad de género se refiere a la “experiencia personal de ser hombre, mujer o de ser diferente que tiene cada persona”[15] (ya sea transgenerista [transexual, travesti, transformista, drag queen o king] o intersexual) y la forma en que aquella lo manifiesta a la sociedad (la expresión de género ha sido entendida como “la manifestación externa de los rasgos

culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado (Rodolfo y Abril Alcaraz, 2008)”[16]). En efecto, una persona trans puede ser heterosexual, lesbiana, homosexual o bisexual, tal y como pueden serlo quienes no son transgénero.

Ahora bien, la anterior precisión terminológica tiene especial relevancia en la medida que, como es bien conocido, históricamente las personas LGBTI han enfrentado todo tipo de discriminación, empezando por el lenguaje utilizado para referirse o expresarse sobre ellas. De ahí la importancia de no confundir términos ni mezclar expresiones, en tanto lo que aparenta ser lo más básico, como el léxico utilizado sobre aquellas, es el punto de partida para garantizar el respeto por la diferencia.

Con ello, no pretende la Sala hacer una clasificación definitiva sobre las definiciones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, por cuanto según se mencionó, se trata de conceptos complejos cuyas perspectivas o formas cambian con el tiempo y difieren entre las distintas culturas. Lo que pretende este Tribunal es recordar que no es dable para las autoridades o los particulares referirse a alguien según su parecer, sino como cada individuo se identifica, para de esa forma evitar que en el uso de la terminología sobre la materia se presenten imprecisiones sobre la orientación o identidad propias de quienes acuden a los jueces constitucionales en la búsqueda de la protección de sus derechos fundamentales.

Aclarado lo anterior, la Sala hará una breve referencia sobre los derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad en relación con la jurisprudencia de esta Corporación sobre la identidad de género como criterio sospechoso de discriminación (asunto que toca directamente con el caso concreto).

4. La identidad de género como criterio sospechoso de discriminación. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. Los derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

Uno de los cambios significativos traídos con la promulgación de la Constitución Política de

1991 fue la consagración de la concepción del Estado social de derecho en su artículo 1º, el cual se funda, entre otros principios, en el respeto de la dignidad humana. Asimismo, el artículo 2º de la Carta consagra como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el texto constitucional.

Ha sido varias veces resaltada la importancia de la dignidad humana, considerada por esta Corporación como “derecho fundante del Estado”[17] y “presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución”[18], en la medida que implica reconocer la persona como un fin en sí mismo y exige un trato especial por el individuo.

Así mismo, se ha reconocido en la jurisprudencia constitucional, que el núcleo esencial de la dignidad humana “supone que la persona sea tratada de acuerdo con su naturaleza humana y el Estado, dentro de sus fines esenciales, debe preservar la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar”[19]. En esa medida, el respecto de la dignidad humana implica aceptar a cada individuo como es, con sus rasgos característicos y diferencias específicas, en tanto “esa individualidad es la que distingue cada sujeto de la especie humana”[20].

Es con sustento en la dignidad humana que el ordenamiento constitucional desarrolla otras garantías fundamentales como los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. En virtud del artículo 13 de la Constitución, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, por lo que deben recibir el mismo trato y protección por parte de las autoridades, y disfrutar de los mismos derechos, oportunidades y libertades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Intrínsecamente relacionado con el derecho a la igualdad, el artículo 16 de la Carta Política establece que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. La Corte Constitucional, ha entendido que este derecho se materializa “en el hecho consciente que tiene cada individuo para determinarse ante las opciones que ofrece la vida tanto en lo privado como en lo público, y en consecuencia, a diseñar autónomamente el plan como ser

humano que pretende asumir dentro de la sociedad”[21]. Sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, este Tribunal ha sostenido:

“[Se ha especificado que la finalidad de este derecho está enfocada] en comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida. Es aquí donde se manifiesta el derecho de opción y es deber de las personas respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”[22].

De igual forma, el referido derecho ha sido entendido como una extensión de la autonomía individual, con el cual “se busca asegurar la independencia de todo ser humano respecto de los otros y la posibilidad de elegir un plan de vida sin interferencias que afecten los ideales de existencia”[23]. En ese sentido, la Corte ha resaltado la importancia de la palabra “libre” en la caracterización del derecho, en tanto “implica la imposibilidad de exigir determinados modelos de personalidad admisibles frente a otros que se consideran inaceptables o impropios”[24].

“En el caso *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. La Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que “El derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.”. En el mismo sentido, en el caso *Contreras y otros Vs. El Salvador*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Párrafo 113, señaló que “la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social”

El derecho a la identidad es materialización del libre desarrollo de la personalidad, pues en estrecha relación con la autonomía, la persona se identifica o autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es dueña de sus actos y entorno con el cual establece su plan de vida y su individualización como persona singular, elementos esenciales para la construcción de su identidad de género.[26]

Sobre éste derecho como categoría protegida por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffor y Niñas vs Chile*, indicó:

‘Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.’[27]”[28].

Ahora bien, tales prerrogativas constitucionales son manifestación de un Estado pluralista, donde se respeta la existencia de variedad de pensamientos, personas o convicciones, en cualquier ámbito. En esa medida, se transgreden esas garantías, cuando cualquier autoridad o particular incurre en algún tipo de diferenciación arbitraria o sospechosa[29].

Esta Corporación ha estudiado numerosos casos en los que se ha referido al problema de la discriminación, especialmente de personas pertenecientes a grupos que históricamente han sido marginados por diversas condiciones de índole social, económico, étnico, físico, mental, entre otros. En esta oportunidad, se hará referencia a las personas LGBTI, cuya orientación sexual o identidad de género ha sido catalogada como un criterio sospechoso de discriminación.

4.2. La identidad de género como criterio sospechoso de discriminación.

En el documento “Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos”, la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH- señaló respecto del principio de igualdad y no discriminación, lo siguiente:

“[S]e encuentra en la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos, es un principio de orden transversal y se encuentra consagrado en los diversos instrumentos internacionales desde la Carta de las Naciones Unidas hasta los principales tratados de derechos humanos. El principio de igualdad exige que los derechos enunciados en los distintos instrumentos se reconozcan a todas personas sin discriminación alguna y que los Estados velen por que sus leyes, políticas y programas no sean discriminatorios.

Asimismo, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establecen la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación alguna por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra índole. Además, en virtud del artículo 26 del PIDCP, todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley y en consecuencia se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General nº 18, precisó que el término « discriminación », tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. En igual sentido el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales ha afirmado que « Los Estado Parte (en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) deberían asegurarse de que la orientación sexual de una persona no sea una barrera para alcanzar los derechos del Pacto... Además, la identidad de género está reconocida como parte de los motivos prohibidos de discriminación »[30].

De igual forma, la Corte Constitucional ha sostenido que “el derecho a la igualdad prohíbe evidentemente la discriminación”, entendida esta como “la conducta, actitud o trato que pretende, consciente o inconscientemente, anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, apelando con frecuencia a preconcepciones o prejuicios sociales o personales,

y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales”[31].

Se trata, entonces, de cualquier trato diferenciado, que generalmente se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, y que resulta contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, en tanto impone una carga no exigible jurídica ni moralmente a la persona[32]. Los motivos o criterios utilizados para efectuar tales actos discriminatorios han sido denominados por esta Corporación como “sospechosos”, en la medida que han sido el referente histórico para subvalorar o poner en desventaja a ciertas personas o grupos. Sobre el particular, en la sentencia C-371 de 2000 se dijo:

“Si bien la igualdad formal no es reacia a que se establezcan diferencias en el trato, pues ella debe ser interpretada conforme a la conocida regla de justicia según la cual hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, sí supone que todos los individuos, como sujetos de derechos, deben ser tratados con la misma consideración y reconocimiento, y que, ante todo, un tratamiento distinto, debe justificarse con argumentos de razonabilidad y proporcionalidad.

El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos.

Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros.

Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que ‘(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales’[33]”[34] (Resaltado fuera de texto).

Dentro de los criterios sospechosos de discriminación identificados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se encuentran aquellos sustentados en el sexo, la orientación sexual y la identidad de género. En la sentencia T-314 de 2011 se hizo una específica referencia a las personas transgeneristas y se advirtió que de la población LGBTI, aquellas son el grupo sometido a mayor discriminación y exclusión por la sociedad, incluso por la propia población homosexual y bisexual[35].

La citada sentencia puso de presente además lo señalado en su momento por la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, en el sentido que no existe información oficial consolidada sobre la situación de derechos transgénero, sin que por ello signifique que estas pueden ejercer plenamente sus derechos en Colombia. Al contrario, según se citó, es la población transgénero la que afronta mayores obstáculos e incluso, son objeto de discriminación al interior de su sector.

“58. Algunas autoridades educativas y escuelas discriminan a los alumnos por su orientación sexual o expresión de género, lo cual tiene como consecuencia en ocasiones la denegación de su ingreso o su expulsión[38]. Las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans jóvenes suelen ser víctimas de la violencia y el hostigamiento, incluido el acoso escolar, de sus compañeros y profesores[39]. La lucha contra este tipo de prejuicios e intimidación requiere esfuerzos concertados de las autoridades escolares y educativas y la integración de los principios de no discriminación y diversidad en los planes de estudios y el lenguaje utilizados en las escuelas. Los medios de comunicación también tienen un papel que desempeñar eliminando los estereotipos negativos sobre las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, en particular en los programas de televisión populares entre los jóvenes”[40].

Por ejemplo, esta Corporación conoció una acción de tutela instaurada por una señora en representación de su hijo Juan, quien cursaba noveno grado de educación básica secundaria. El menor decidió acudir al colegio con el pelo largo y con maquillaje conforme con el género femenino, razón por la cual el rector de la institución le informó que debía llevar un corte de pelo clásico y cumplir con las normas del manual de convivencia, so pena de prohibirle el ingreso al plantel. Posteriormente, el menor fue sancionado con llamados de atención y suspensión de dos días, sustentado en el uso inadecuado del uniforme.

En aquella ocasión, la Corte tuteló la protección de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de Juan. En primer lugar, resaltó la decisión del estudiante de optar por usar el pelo largo y el uso de maquillaje no responde, como erróneamente lo planteó el juez de primera instancia, a una moda o decisión superflua, sino que “fue un comportamiento derivado de la necesidad de dar consonancia a su opción de identidad [de género] con su apariencia física”. De igual forma, consideró que la actitud del rector del colegio implicó un tratamiento discriminatorio injustificado fundado en un criterio prohibido, incompatible con el pluralismo y respeto a la diferencia[41].

4.3. Lo anterior evidencia que a pesar de la amplia jurisprudencia constitucional sobre la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual o de identidad género, así como de la protección que sobre el asunto existe a nivel internacional, las autoridades, instituciones públicas o privadas, los particulares, entre otros, continúan efectuando actos discriminatorios que atentan contra los principios fundantes de un Estado social y pluralista.

No obstante, la Sala considera necesario precisar que no todo trato desigual implica per se un acto discriminatorio; de igual forma, la sola circunstancia de tener una orientación sexual o identidad de género diferente no conlleva automáticamente a la protección de los derechos que se invoca a través de la acción de tutela.

Es por esta razón que se hará referencia a la prueba de los actos discriminatorios y la labor del juez en el análisis de las mismas en sede de tutela.

5. La carga probatoria de los actos discriminatorios y la labor del juez en sede de tutela. Reiteración de jurisprudencia[42].

5.1. Este Tribunal ha reconocido la dificultad de demostrar los actos discriminatorios, razón por la cual ha señalado que en estos casos la carga de la prueba, que inicialmente estaría en quien alega la vulneración del derecho a la igualdad, debe ser trasladada a la persona que aparentemente está tratando a otra de forma diferenciada. El sustento de invertir la carga de la prueba radica precisamente en la naturaleza misma del acto sospechoso y en la necesidad de proteger a aquellos sujetos o grupos que históricamente han sido víctimas de actos discriminatorios[43].

Al respecto, ha sostenido la Corte que la regla general en materia de pruebas en los procesos de tutela consiste en que quien alega la vulneración de un derecho fundamental debe demostrar los hechos que sustentan su acusación, en la medida que ello sea posible[44]. Específicamente sobre los actos discriminatorios, se ha dicho que el sujeto pasivo de la discriminación deberá demostrar: (i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo[45].

Sin embargo, en algunos casos, quien alega la vulneración de sus derechos se encuentra en una posición de debilidad o subordinación frente a la persona de quien proviene la violación, por lo que en esos eventos se ha dado un alcance diferente al deber probatorio. Sobre el particular, se dijo:

“[P]or tal razón, en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar -con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe- aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar lo alegado en su contra. Así ha sucedido, por ejemplo, en múltiples casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral[46].

La justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal. Por eso, en materia de tutela, la regla no es “el que alega prueba”, sino “el que puede probar debe probar”, lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos”[47]. (Resaltado fuera de texto).

Entonces, si bien no es imposible la prueba de los actos discriminatorios, en algunos eventos es la persona de quien se alega la ejecución de tal acto la que debe desvirtuarlo, aunque ello no obsta para que el afectado allegue las pruebas que le permitan acreditar su acusación.

5.2. Ahora, la labor del juez constitucional en el análisis probatorio es de suma importancia, en la medida que le asiste la responsabilidad de determinar si en efecto existió o no un trato discriminatorio. Así, el operador jurídico debe ser un partícipe activo y diligente tanto en la práctica como en el análisis de los elementos probatorios para resolver el caso concreto[48]. Sobre este punto, sostuvo la Corte:

“El Constituyente quiso confiar de manera preferente a la Rama Judicial la defensa de los derechos fundamentales cuando entregó a ella la función de resolver acerca de las acciones de tutela. Los jueces están llamados, en virtud y por razón de ese trascendental compromiso, a ser los artífices de un orden jurídico que haga vigentes y actuales las garantías constitucionales. Si tales funcionarios no asumen con seriedad y realismo la delicada tarea que se les encomienda y frustran los fines primordiales del Estado, dejando inaplicada su preceptiva fundamental, atentan gravemente contra las instituciones y son responsables por ello.

Para esta Corte resulta inadmisibles que el juez niegue o conceda la tutela de antemano, sin verificar ni sopesar a conciencia lo afirmado y lo acreditado por las partes. No puede resolver el fallador sin llegar a una persuasión racional y fundada sobre el trato que merece el asunto sometido a juicio, pues la decisión carece de sustento si no se la pone en relación con los hechos probados, tanto como si se la adopta de espaldas a la normativa aplicable”[49].

Bajo ese entendido, una autoridad judicial debe desplegar las actuaciones que sean necesarias para fundamentar su decisión y analizar los diferentes medios probatorios en su conjunto, atendiendo a las reglas de la sana crítica. Ello adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta la mencionada dificultad de demostración de los actos discriminatorios, lo que supone un mayor esfuerzo por parte de los jueces constitucionales para concluir sobre la existencia o no de los mismos.

5.3. Siguiendo la línea de lo expuesto, la Sala considera necesario traer nuevamente a

colación lo que esta Corporación ha reiterado en numerosas oportunidades sobre la probanza de los actos discriminatorios cuando se trata de grupos históricamente discriminados, como la población LGBTI. Para un juez constitucional, en el ejercicio del complejo análisis probatorio sobre esta clase de asuntos, no puede resultar ajeno que cualquier conducta, actitud o trato fundado en un prejuicio social, con el que se pretenda subvalorar, ignorar o anular los derechos fundamentales de una persona, supone de entrada un acto de discriminación y debe ser considerado desde todo punto de vista como inadmisibles.

Bajo esa premisa, considera este Tribunal que los jueces de tutela deben ser especialmente cuidadosos en el análisis de esta clase de asuntos y propender por proteger, en mayor medida, al menos fuerte en la relación o a quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Ahora bien, como se ha expuesto en otras decisiones[50], lo anterior es una tendencia que no puede llevar a la premisa de que toda medida restrictiva, resulte per se irremediamente segregativa o sospechosa. Por el contrario, lo que quiere significar esta Corporación, es que debe recordarse cuantas veces sea necesario a los particulares, a las autoridades y a la comunidad en general, que no son admisibles, por ningún motivo, aquellos tratos discriminatorios en contra de cualquier persona por su orientación sexual o identidad de género diversa.

Con los elementos de juicio explicados en los apartados precedentes, entrará esta Sala a evaluar el caso concreto.

6. Caso concreto.

6.1. Breve presentación del caso

Briana manifiesta que en el mes de febrero de 2013 se dirigió a la Institución Educativa John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena donde solicitó un cupo estudiantil para cursar el grado once. Inicialmente le informaron que sí había cupo. Sin embargo, según comenta, cuando regresó al plantel le dijeron que allí no aceptaban hombres vestidos de mujer y que por esa razón no podía estudiar en ese lugar[51].

En respuesta a la acción instaurada, la rectora de la Institución Educativa Departamental John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena, señaló que cuando Briana se acercó a las

instalaciones del colegio el proceso de matrícula ya había culminado. Además, según informó, la peticionaria nunca presentó la documentación requerida, sino que siempre se dirigió al plantel educativo para solicitar información. Por otro lado, aseguró que de acuerdo con el Proyecto Educativo Institucional -PEI- en la institución se brindan las posibilidades para que los niños, niñas y jóvenes reciban educación sin exclusión.

En decisión de única instancia el Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena, concedió la protección de los derechos fundamentales invocados “como lo es el ingreso al plantel educativo (...) siempre y cuando esté ceñido al manual de convivencia la cual debe respetar como institución educativa” y ordenó a la rectora del plantel otorgar el cupo estudiantil. En cumplimiento de dicha providencia la rectora de la institución educativa accionada, mediante oficio del 19 de septiembre de 2013, le informó al juzgado que, a la fecha, Briana no se había presentado para legalizar la matrícula.

A pesar del requerimiento hecho para aclarar y complementar los supuestos fácticos de la acción de tutela y de la infructuosa labor de esta Corporación para comunicarse con ambas partes, ninguna de ellas atendió lo solicitado en sede de revisión[52]. No obstante, en comunicación telefónica sostenida con la rectora de la institución accionada esta manifestó que la accionante nunca se acercó a las instalaciones del colegio para culminar con el proceso de matrícula.

Por otro lado, no fue posible sostener una comunicación telefónica con la peticionaria, en tanto los números de celular aportados se encuentran fuera de servicio. Sin embargo, sí se sostuvo comunicación telefónica con el señor Tomás Javier Santoya Mejía, quien manifestó que Briana ya no se encuentra viviendo en Aracataca, Magdalena, sino en la ciudad de Valledupar, Cesar. Además, señaló que en este momento la accionante no cuenta con un número de celular o fijo en el cual pueda ser ubicada y que la única forma de tener comunicación con ella es a través de la red social Facebook. A pesar de realizar la respectiva búsqueda, el Despacho no pudo contactarla

6.2. Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación.

Revisado el escrito de tutela así como el material probatorio allegado al expediente la Sala se permite mencionar las siguientes consideraciones:

6.2.1. Según se reseñó con anterioridad resulta claro que probar los actos discriminatorios es de gran dificultad, por lo que en algunos eventos y ante la naturaleza misma del acto sospechoso, la carga probatoria debe recaer en quien aparentemente está tratando a otra persona de forma diferenciada. No obstante, ello no es óbice para que la persona afectada, en la medida de lo posible, allegue las pruebas que le permitan acreditar su acusación.

En esta ocasión, la accionante manifiesta: “En el mes de febrero de 2013, cuando me disponía a matricularme en la Institución Educativa Departamental John F. Kennedy un docente de la jornada nocturna, al cual me dirigí para solicitarle un cupo para cursar grado once, me dijo que con gusto había cupo para mí. Nuevamente en el mismo mes de febrero me acerqué donde el mismo docente y este me reparó de pies a de pies a cabeza y dijo que sí había cupo para ese grado, que trajera los papeles para legalizar la matrícula, yo conforme con la respuesta me dirigí a buscar la respectiva documentación y así quedar matriculado en ese plantel educativo. Cuando regresé la misma semana siguiente con mis documentos este señor me dice que no hay cupo porque en el plantel educativo no se aceptan personas que se vistan de mujer, como yo soy hombre no debo estar así vestida, luego me fui muy decepcionada y llorando llegué a mi casa, le conté a mis familiares más cercanos y fui donde unos amigos a que me orientaran, ya que no entendí por qué no dejaban estudiar a una mujer trans, si la ley nos protege”[53].

Para sustentar su acusación, solicitó la recepción de dos declaraciones juramentadas. En la primera, el señor Tomás Javier Santoya afirma: “debido a que el joven tuvo problema por su orientación sexual en su casa siempre se ha mantenido al lado mío como líder de la comunidad LGBTI, me comentó que quería en el colegio John F. Kennedy y nos encontramos mi prima y yo que lo acompañaras (sic) a la matrícula del colegio, la prima y yo nos quedamos en la puerta esperando y al cabo rato vemos que él viene llorando porque le negaron el derecho a la educación por su orientación sexual en esos momentos y por eso después de un tiempo decidió interponer la tutela”[54]. Ante la pregunta del juez de conocimiento de si sabía o le constaba si el colegio accionado había negado el cupo a la accionante, el declarante señaló: “le negó el cupo por su condición sexual de traviste (sic)”.

En la segunda, la señora Dorayne Lorena Fernández Ortiz, prima de la accionante, relató: “Yo iba con Tomás Santoya y nos encontramos a Luiyis Vargas Ortiz, y nosotros le

preguntamos porque (sic) estaba llorando y él no podía hablar bien y nos dijo que no querían dejar entrar al colegio a estudiar y nosotros lo acompañamos y los profesores no lo dejaron entrar y nos devolvimos y por eso él hizo esta tutela, no lo dejaban entrar por el sexo y por la forma de vestir, los profesores decían que él no podía entrar, él fue a ingresar para estudiar y le negaron el estudio, la educación no se le niega a nadie sea cualquier sexo, es todo”[55]. Ante la pregunta del juez de conocimiento de si sabía o le constaba si el colegio accionado había negado el cupo a la accionante, el declarante señaló: “Por el sexo, porque él es guei (sic) y la educación no se le debe negar a nadie, le dijeron que él no podía ingresar al colegio y él por eso tomó la decisión de colocar la tutela, porque él quiere terminar sus estudios como todo ser humano”.

Visto lo anterior, la Sala no puede dejar de lado lo señalado por la accionante en el escrito de tutela y las declaraciones con las que intenta soportar su manifestación. Precisamente, por ser una persona que se identifica como transgenerista y, por lo tanto, que hace parte de uno de los grupos que históricamente ha estado sometido a actos discriminatorios, obliga al juez constitucional a darle prevalencia y especial cuidado a sus afirmaciones. En esa medida, se considera que este es uno de aquellos casos en los que la carga probatoria debe recaer en quien aparentemente está tratando a otra persona de forma diferenciada, esto es, en la institución educativa accionada, tal y como se entra a analizar.

6.2.2. La rectora del plantel accionado señaló que cuando Briana se acercó a las instalaciones del colegio el proceso de matrícula ya había culminado. Además, informó que la peticionaria nunca presentó la documentación para realizar el proceso de matrícula, sino que siempre se dirigió al plantel educativo para solicitar información.

Para sustentar sus afirmaciones se refirió a lo señalado por tres personas que trabajan en el plantel. El señor Jorge Isaac Echeverría aseguró que a mediados de febrero de 2013 se acercó un joven vestido de mujer solicitando un cupo, a quien se le manifestó que para ello debía pedir la carta de liberación del Sistema Integrado de Matrículas -SIMAT-; posteriormente, en el mes de mayo volvió, pero en esa oportunidad se le informó que el proceso de matrícula ya había culminado. Lo anterior fue corroborado por el señor Hillancizar Sabalza. Por su parte, el señor William Sánchez, vigilante del plantel, afirmó que la accionante entró sola a la coordinación a solicitar el cupo estudiantil.

Por otro lado, la rectora anexó la resolución núm. 1086 del 1 de noviembre de 2012 “por la cual se establece el Calendario General para el periodo lectivo 2013 en el sector Educativo del Departamento del Magdalena”, de la cual es posible extraer que la fecha para la consolidación y entrega de matrículas al Ministerio de Educación Nacional a través del SIMAT era el 11 de febrero de 2013. Asimismo, allegó una certificación del SIMAT en la que se puede leer que Briana seguía matriculada en la Institución Educativa Departamental Gabriel García Márquez hasta el 11 de marzo de 2013, fecha en la cual se reportó la liberación del cupo en esa institución.

Con lo anterior, la Sala reconoce que la accionante no finalizó el proceso de matrícula. Sin embargo y a pesar de ello, existen serias dudas sobre el trato otorgado a Briana cuando acudió al plantel educativo, así como en lo referente a la claridad en la información otorgada a ella sobre los documentos que debía allegar para inscribirse en la institución. Como se señaló, uno de tales parámetros era la liberación del cupo del SIMAT. No obstante, en el escrito allegado al juzgado de conocimiento el 19 de septiembre de 2013, la rectora transcribió una lista de los documentos que, de acuerdo con el manual de convivencia, debían anexarse para finalizar el proceso de matrícula, así: a) registro civil de nacimiento y/o copia del documento de identidad respectivo, b) informes académicos de años anteriores, c) dos fotos recientes, d) un recibo de algunos de los servicios públicos, e) copia del Sisben y f) copia del carné de la EPS a la que esté afiliado; dentro de los cuales no se encuentra la referida liberación del SIMAT.

Sobre este punto, se reitera que el ámbito educativo es uno de aquellos en donde se presentan mayores prácticas discriminatorias en contra de las personas transgeneristas y, por esa razón, es que se requiere de un esfuerzo superior por parte de las autoridades escolares en la lucha contra este tipo de prejuicios y en la integración de principios de no discriminación, diversidad y uso del lenguaje incluyente al interior de los planteles educativos[56]. De esa forma, la Corte hace un llamado de atención general para que se protejan las garantías de las personas LGBTI, labor de la cual son responsables todos los particulares, las autoridades y la comunidad en general.

Con sustento en lo anterior, la Sala confirmará la decisión del juez de instancia, pero por las razones que fueron previamente expuestas, y solo como medida de prevención, ordenará a la institución educativa accionada disponer el cupo estudiantil en caso de que la accionante

lo requiera, para el grado que esta última acredite y siempre que cumpla con los requisitos y documentos exigidos en el manual de convivencia para culminar el proceso de matrícula.

Ahora bien, considerando lo informado por el señor Tomás Javier Santoya, en lo referente a que la accionante no se encuentra viviendo en Aracataca, Magdalena, y teniendo en cuenta que, hasta el momento, no ha radicado los documentos para matricularse, la Sala considera pertinente que la orden antes enunciada sea limitada únicamente a dos periodos académicos. Lo anterior, en tanto de mantener de manera indefinida dicho mandato, se podría eventualmente vulnerar los derechos de otros estudiantes que pretendan matricularse en la institución accionada y no puedan hacerlo por la reserva del cupo otorgada en esta ocasión.

6.3. Precisión sobre la decisión de única instancia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena.

6.3.1. El Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena concedió la protección de los derechos fundamentales invocados. En primer lugar, concluyó que a la accionante no se le había negado el ingreso al plantel educativo, sino que se le había hecho una observación de acuerdo con el manual de convivencia. En efecto, consideró en esta ocasión no se había discriminado a Briana por su condición de “homosexual” sino que el manual de convivencia exigía unas condiciones de respeto; ello sustentado en que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto.

Posteriormente, el juez citó un aparte de la sentencia T-037 de 1995 en el cual la Corte sostuvo: “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”.

Con base en ello, señaló que esa sentencia podía ser calificada como consolidadora de la línea, al igual que su antecesora, la T-569 de 1994, en tanto trata de definir una subregla de derecho constitucional en la relación del derecho a la educación y la población LGBTI, que a su juicio, podría definirse así: “Sobre la individualidad pesa la sociedad mayoritaria. La

‘homosexualidad’ (sic) es una condición anormal que no debe afectar la disciplina de las instituciones y cuyas prácticas deben mantenerse al margen del manual de convivencia, ya que afectan ‘las buenas costumbres’ y la disciplina del colegio, siendo ésta entendida como una necesidad para cumplir una finalidad social, siendo inherente a la función educativa”.

Acto seguido, el fallador concede la protección de los derechos fundamentales “como lo es el ingreso al plantel educativo INSTITUCIÓN EDUCATIVA JHON F. KENNEDY, siempre y cuando esté ceñido al manual de convivencia la cual debe respetar como institución educativa” y ordena a la rectora del plantel otorgar el cupo solicitado por la accionante.

6.3.2. Visto lo anterior, la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones:

Según fue reseñado, este Tribunal ha resaltado la importancia de la labor probatoria del juez en materia de tutela. Su papel debe ser activo y diligente, desplegando las actuaciones necesarias para fundamentar su decisión, analizando los medios probatorios en su conjunto y atendiendo las reglas de la sana crítica. Así mismo, los jueces constitucionales están llamados “a ser artífices de un orden jurídico que haga vigentes y actuales las garantías constitucionales”[57].

En primer lugar, observa la Corte que el juez de única instancia en ningún momento analizó los medios probatorios contenidos en el expediente, ni se refirió a los supuestos fácticos expuestos por la accionante y que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela. La única aseveración hecha por el juzgador fue que en esta ocasión no se había negado el ingreso al plantel educativo y que no se había discriminado a Briana por su condición de homosexual, sino que le había hecho una observación de acuerdo con el manual de convivencia.

No obstante, el juez no expuso las razones por las cuales llegaba a esa conclusión, ni explicó por qué motivo hacía referencia a “un llamado de atención basado en el manual de convivencia” cuando ello ni siquiera fue objeto de debate en este asunto. En esta oportunidad, la controversia estaba suscitada a determinar si la negativa de otorgarle el cupo estudiantil a Briana se había basado en un criterio sospechoso de discriminación, como lo es la identidad de género, pero en ningún momento se puso en tela de juicio la conducta de la accionante y mucho menos si esta cumplía o no con el manual de

convivencia, en tanto como se desprende de manera obvia del expediente, ella ni siquiera estaba estudiando en el plantel.

Considera la Sala que el juez asumió, por el solo hecho de la forma de expresar su identidad de género, que Briana debía sujetarse al manual de convivencia, como si esa sola y única circunstancia conllevara a que se vieran afectadas las “buenas costumbres” y las normas de la institución. Con ello, lo único que hace el juez es mantener un estigma social en el que una persona, por ser transgénero, de por sí va a generar alteraciones dentro de un plantel educativo o va a ir en contravía del reglamento o manual de convivencia. Es por ello que no entiende la Sala por qué la protección otorgada a través de la decisión de tutela fue condicionada al “cumplimiento del manual de convivencia”.

En segundo lugar, el juez hizo referencia a que la accionante “no había sido discriminada por su condición de homosexual”. Sobre este punto, la Corte le recuerda al fallador que la orientación sexual se refiere a la atracción física o emocional de una persona hacia otra (heterosexual, lesbiana, homosexual, bisexual o asexual) mientras que la identidad de género es la vivencia interna del género y la forma en que la persona la expresa o manifiesta a la sociedad (como sucede con las personas transgeneristas). Se trata de dos conceptos diferentes y en esa medida, una persona transgénero puede ser homosexual, así como puede serlo quien no es transgénero.

La anterior precisión radica en que no es dable para cualquier autoridad clasificar, por usar un término coloquial, a una persona como homosexual cuando ella misma no se ha identificado de esa manera. En esta ocasión, Briana se identifica como una mujer trans, pero no por ello significa que sea homosexual. En otras palabras, si ella no se ha identificado de esa manera, en tanto ello no se deriva del expediente, mal haría el juez en referirse a la accionante según su parecer.

En tercer lugar, la Sala observa que el fallador sustentó su decisión en una jurisprudencia (sentencias T-569 de 1994 y T-037 de 1995) que fue reevaluada desde 1998[58]. Si bien es cierto que en la segunda providencia mencionada la Corte se refiere a la homosexualidad como algo “anormal”, no se puede ignorar que se trata de un lamentable uso del lenguaje desobligante, peyorativo y discriminatorio, que no constituye la base de la línea jurisprudencial sentada por esta Corporación en materia de protección de derechos a las

personas LGBTI.

Además, debe poner de presente la Sala que el análisis jurisprudencial efectuado por el juez de instancia fue tomado de un estudio de investigación de la “Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. Sistema de Información Científica” denominado “La Corte Constitucional frente al derecho a la educación para la población LGBTI”. El análisis realizado sobre la sentencia T-037 de 1995 se citará in extenso para mejor ilustración y se resaltarán los apartes tomados por el juez:

“En la sentencia T-037 de 1995, un estudiante de la escuela de policía Simón Bolívar de Tuluá, interpone una acción de tutela para solicitar se revoque la resolución mediante la cual se le retiró del servicio, con nota de mala conducta de la escuela y de la Policía Nacional. La Dirección de la Escuela adelantó una investigación disciplinaria cuyos resultados, puestos a consideración del Consejo Disciplinario, llevaron a este 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. Así, el Juzgado Quinto Penal del Circuito, resolvió amparar los derechos del accionante y ordena al Director de la Escuela de Policía “Simón Bolívar”, que reintegre al demandante en calidad de alumno y le concediera, en caso de haber terminado la intensidad horaria académica y el año lectivo, el grado de suboficial de la Policía Nacional. Consideró la Juez que la institución educativa, al tildarlo de homosexual, había violado los derechos del quejoso a la honra, al buen nombre y a la igualdad. Ejercido el derecho a impugnar el fallo, por parte del Director de la institución educativa, fue revocado mediante sentencia del 26 de agosto de 1994, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga -Sala de Decisión Penal-. Para la Sala del Tribunal los actos de carácter homosexual, ejecutados por el señor Zapata Bedoya, riñen abiertamente con la disciplina, naturaleza y buena imagen de la Institución, en la cual se estila precisamente un comportamiento rígido, severo, disciplinado, orientado a canalizar las buenas costumbres y el respeto a los demás, sin dar paso a hostigamientos de orden sexual, que sin lugar a dudas, causan daño a los afectados y al grupo. Por ello, deben ser objeto de sanción.

La Corte Constitucional decide confirmar la sentencia del Tribunal considerando que el proceso educativo, no se reduce simplemente a transmitir conocimiento sino que debe incidir de manera eficiente en la estructuración de la personalidad y los hábitos del

comportamiento de los individuos. Para la Corte no puede alegarse un “mal entendido”, derecho al libre desarrollo de la personalidad como argumento válido para neutralizar la actividad de formación que tiene a su cargo todo plantel educativo, mientras este no desborde en su ejercicio los razonables con fines que su finalidad le impone, ni desconozca las garantías constitucionales. La Corte se centra en el problema de la disciplina afirmando que esta es necesaria para cumplir las finalidades sociales y es inherente a la función educativa:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad afirma la autonomía de cada ser humano como individuo único e irrepetible, cuyas tendencias y naturales inclinaciones merecen respeto en tanto no impliquen daño a otros o a la colectividad, sin que deba entenderse que, en el ámbito educativo, la búsqueda de realización de la persona resulte aceptable como pretexto para negar efectos a los actos de autoridad lícitos, que son inherentes a la función educativa (...). La disciplina, que es indispensable en toda organización social para asegurar el logro de sus fines dentro de un orden mínimo, resulta inherente a la educación, en cuanto hace parte insustituible de la formación del individuo. Pretender que, por una errónea concepción del derecho al libre desarrollo de la personalidad, las instituciones educativas renuncien a exigir de sus alumnos comportamientos acordes con un régimen disciplinario al que están obligados desde su ingreso, equivale a contrariar los objetivos propios de la función formativa que cumple la educación (Corte Constitucional colombiana. Sentencia T- 037 de 1995).

En cuanto a la homosexualidad, la Corte considera que si hay actos que involucren acoso o asedio a compañeros de la institución, constituye una falta a la disciplina así:

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 (Corte Constitucional colombiana. Sentencia T- 037 de 1995).

Para la Corte nada tiene que ver la condición homosexual del estudiante, sino los actos indisciplinados que cometió. Es importante resaltar en este punto un argumento

abiertamente discriminatorio de la Corte frente a la igualdad ante la ley del accionante:

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 (Corte Constitucional colombiana. Sentencia T- 037 de 1995). (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, 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 subregla de derecho constitucional en la relación de derecho a la educación y población LGBTI, que podría definirse del siguiente modo: Sobre la individualidad pesa la sociedad mayoritaria. La “homosexualidad” (sic) es una condición anormal que no debe afectar la disciplina de las instituciones y cuyas prácticas deben mantenerse al margen del manual de convivencia, ya que afectan “las buenas costumbres” y la disciplina del colegio, siendo esta entendida como una necesidad para cumplir una finalidad social, siendo inherente a la función educativa. (...)”[59]. (Resaltado fuera de texto).

Para la Corte resulta simplemente inaceptable que un juez constitucional profiera una sentencia basado en una investigación sin ser siquiera identificada o citada. Por lo anterior, la Sala considera pertinente llamar la atención a este fallador para que, en lo sucesivo, realice un estudio concienzudo sobre los supuestos fácticos y el material probatorio de los casos puestos en su conocimiento. De igual forma, para que no sustente sus decisiones en jurisprudencia que haya sido totalmente revaluada y que no constituya precedente jurisprudencial, y que cualquier estudio o investigación que quiera usar para fundamentar su decisión sea debidamente citado, respetando los derechos de autor.

Ahora, según se expuso en acápites anteriores, históricamente las personas LGBTI han enfrentado todo tipo de discriminación, empezando por el lenguaje utilizado para referirse o expresarse sobre ellas, y de ahí, la importancia de no confundir términos ni mezclar expresiones. Lo anterior cobra especial relevancia cuando esta clase de asuntos son conocidos por los jueces llamados a proteger las garantías fundamentales de esta

población, en tanto su labor será más efectiva y garantista si tienen pleno conocimiento del tipo de derecho que están protegiendo y sobre quién recae dicha protección.

Por esa razón, la Sala considera pertinente exhortar a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla para que desarrolle módulos sobre los derechos de las personas LGBTI donde se expliquen, entre otros asuntos, las diferencias entre los conceptos de orientación sexual e identidad de género, y la doctrina y jurisprudencia reciente sobre la materia.

Finalmente, la Sala pone de presente que la decisión adoptada en única instancia fue proferida el 30 de agosto de 2013. A pesar de ello, el oficio remitivo a la Corte Constitucional es del 8 de abril de 2014, esto es, siete meses después de haberse proferido la referida sentencia.

Con base en ello, la Sala compulsará copias de este expediente al Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, para que investigue y decida lo pertinente acerca de la eventual responsabilidad en que hubiere podido incurrir el juez de instancia por la tardanza en la remisión para su eventual revisión, desconociendo los términos previstos en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

III. DECISIÓN

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

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013) por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena, dentro de la acción de tutela interpuesta por Briana en contra de la Institución Educativa Departamental John F. Kennedy, pero por las razones expuestas en el numeral 6.2 de la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo.- Como medida de prevención, ORDENAR a la Institución Educativa Departamental John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena, disponer, durante dos periodos académicos, el cupo estudiantil en caso de que la accionante lo requiera, para el grado que esta última acredite y siempre que cumpla con los requisitos y documentos exigidos en el reglamento y el manual de convivencia para culminar el proceso de matrícula.

Tercero.- LLAMAR LA ATENCIÓN al Juez Primero Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena que profirió la sentencia del treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013) para que, en lo sucesivo: (i) realice un estudio concienzudo sobre los supuestos fácticos y el material probatorio de los casos puestos en su conocimiento; (ii) no sustente sus decisiones en jurisprudencia que haya sido totalmente revaluada y que no constituya precedente jurisprudencial; y (iii) cualquier estudio o investigación que quiera usar para fundamentar su decisión sea debidamente citado, respetando los derechos de autor.

Cuarto.- EXHORTAR a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla para que desarrolle, dentro de sus competencias legales, un módulo de formación sobre los derechos de la población LGBTI y el carácter justiciable de los mismos en el cual, entre otros temas, se ofrezca información a los jueces sobre las diferencias conceptuales entre la orientación sexual y la identidad de género de las personas.

Quinto.- COMPULSAR COPIAS al Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena del expediente T-4.428.833 enviado a esta Corporación por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena, para que investigue y decida lo pertinente acerca de la eventual responsabilidad en que hubiere podido incurrir el juez de única instancia por la tardanza en la remisión para su eventual revisión, desconociendo los términos previstos en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] De acuerdo con el concepto de identidad de género, el cual será abordado posteriormente, este Despacho se referirá a Luiyis Vargas Ortiz como Briana, en la medida que así se identifica a lo largo del planteamiento de los hechos de la acción de tutela.

[2] Cuaderno original. Folio 18.

[3] Cuaderno original. Folio 19.

[4] Cuaderno original. Folios 20 y 21.

[5] Cuaderno original. Folio 21.

[6] Cuaderno original. Folios 21 y 22.

[7] Cuaderno original. Folios 39 y 40.

[8] Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos. Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-, 20 de noviembre de 2013. Definiciones tomadas de Recomendación general núm. 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, relativa al artículo 2° de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

[9] Respuestas a sus preguntas sobre las personas trans, la identidad de género y la expresión de género. American Psychological Association. <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.aspx?item=4>.

[10] Ídem.

[11] Principios de Yogyakarta., p. 6, nota al pie 1. Principios sobre la aplicación de la

legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.

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

[13] Los términos y definiciones son extraídas del Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "CIDH" en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012.

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

[15] Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI. Algunas precisiones y términos relevantes. <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp>.

[16] Ídem.

[17] Sentencia C-131 de 2014.

[18] Sentencia T-401 de 1992. Reiterada, entre muchas otras, en la sentencia T-611 de 2013.

[19] Sentencia T-611 de 2013.

[20] Ídem.

[21] Sentencia T-314 de 2011.

[22] Sentencia T-542 de 1992. Reiterada en las sentencias T-124 de 1998, T-473 de 2003, T-314 de 2011, entre otras.

[23] Sentencia T-789 de 2013.

[24] Ídem.

[25] Sentencias T-881 de 2002, C- 075 de 2007, entre otras.

[26] En el mismo sentido, un grupo de especialistas internacionales en un documento titulado Principios de Yogyakarta “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”. Define la identidad de género como: “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” Marzo de 2007.

[27] Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 91

[28] Sentencia T-476 de 2014.

[29] Sentencia T-314 de 2011.

[30] Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos. Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-, 20 de noviembre de 2013.

[31] En la sentencia T-1090 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández a su vez, se indicó que tal expresión comporta una diferenciación ilegítima que se “efectúa respecto de ciertos sujetos o grupos de personas con base en un rasgo distintivo particular gobernado por el prejuicio, [que] involucra el rechazo, la supresión, la expulsión o la censura cotidiana, a través de diferentes estrategias, negando o impidiendo ilegítimamente o a partir de un paradigma errado, la inclusión, ejercicio o subsistencia de determinadas prácticas”. Reiterado en la sentencia T-416 de 2013.

[32] Sentencia T-098 de 2014. Reiterada en la sentencia T-314 de 2011.

[33] Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además, entre otras, las sentencias T-098 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-112 del 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[34] Sentencia C-371 de 2000.

[35] Concepto del Instituto de Investigación del Comportamiento Humano solicitado en aquella oportunidad por la Sala Quinta de Revisión. En el mismo, se especificó que de la comunidad LGBTI “se generan comportamientos de discriminación hacia algunos de sus subgrupos, tal como sucede entre algunas personas de la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT), en donde por ejemplo, los hombres gays con cierta frecuencia discriminan a las personas transexuales y travestis o incluso a otros hombres gays con apariencia menos masculina a la socialmente aceptada.”

[36] Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género. Noviembre 17 de 2011. <http://acnudh.org/2012/03/leyes-y-practicas-discriminatorias-y-actos-de-violencia-cometidos-contrapersonas-por-su-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-informe-del-acnudh/>.

[37] Informe anual. Op. Cit. Pág. 3.

[38] E/CN.4/2006/45, para. 113.

[40] Informe anual. Op. Cit. Pág. 20-21.

[41] Sentencia T-565 de 2013.

[42] La base argumentativa y jurisprudencial de este acápite se sustenta en la sentencia T-314 de 2011, proferida por esta Sala de Revisión.

[43] Sentencia T-314 de 2011.

[44] Sentencia T-741 de 2004. Cfr. Sentencia T-835 de 2000.

[45] Particularmente en lo relacionado con la prueba del acto discriminatorio pueden consultarse las Sentencias T-427 de 1992, T-638 de 1996, T-772 de 2003, T-601 de 2005, T-601 de 2006, entre otras. Cfr. Sentencia T-314 de 2011.

[46] Sentencia T-638 de 1996.

[47] Sentencia T-741 de 2004.

[48] Sentencia T-314 de 2011.

[49] Sentencia T-264 de 1993.

[50] Sentencia T-314 de 2011.

[51] Sustentando en los hechos descritos, solicita que se le ordene a la institución educativa accionada permitirle cursar el grado once; presentar excusas públicas por los tratos degradantes cometidos en su contra; darle instrucciones a quienes trabajan allí para que no aduzcan que se reservan el derecho de admisión cuando trate de ingresar una persona con orientación sexual e identidad de género distinta; que se le ordene a la Secretaría de Educación Municipal redactar una carta para que se garantice el respeto a la diversidad sexual y de género; y que se remita copia del fallo a la Personería Municipal, Defensoría y Procuraduría Regionales para que hagan seguimiento a la orden impartida.

[52] De conformidad con el oficio del 10 de octubre de 2014, la Secretaría General de la Corte Constitucional informó que el auto de fecha 25 de septiembre de 2014 fue comunicado mediante de oficios de pruebas OPTB-972/14 y OPTB-973/14 de fecha 29 de septiembre de 2014 y durante el término otorgado no se recibió comunicación alguna.

[53] Cuaderno original. Folio 2.

[54] Cuaderno original. Folio 18.

[55] Cuaderno original. Folio 19.

[56] Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. Leyes y prácticas

discriminatorias y actos de violencia cometidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género. Noviembre 17 de 2011.

[57] Sentencia T-264 de 1993. Reiterada en la sentencia T-314 de 2011.

[58] Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-101 de 1998 y T-259 de 1998.

[59] Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica. Patarroyo Rengifo, Santiago; Forero Castillo, Nancy Andrea. La Corte Constitucional frente al derecho a la educación para la población LGBTI. Revista VIA IURIS, núm. 12, enero-junio, 2012, pp. 67-80 Fundación Universitaria Los Libertadores. Bogotá, Colombia.