

Sentencia T-909/11

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Reiteración de jurisprudencia

Existe claridad para la jurisprudencia constitucional: la tutela procede contra los particulares, al ser estos también sujetos que ejercen poder sobre otras personas y frente a quienes dichas normas iusfundamentales producen un “efecto horizontal”. Una responsabilidad que se establece tanto por la subordinación como por la situación de indefensión en que el particular en cuestión, coloca a otro sujeto de derechos fundamentales. La primera derivada de relaciones jurídicas legales o contractuales. La segunda, existente por una situación fáctica de falta total o insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales.

PERSONA JURIDICA COMO SUJETO PASIVO DE LA ACCION DE TUTELA-Responsabilidad directa e indirecta por los actos o hechos que puedan causar daño las personas que los representan o actúan por ellas

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURIDICAS-Evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia

La persona jurídica debe responder por los perjuicios resultantes de los actos cometidos por los subalternos, cualquiera que sea el vínculo jurídico que cree esta subordinación, siempre y cuando ellos actúen en ejercicio de las funciones encomendadas por la persona jurídica, o con motivo de las mismas. Porque allí “no se le llama a responder por los actos de sus dependientes, sino de las consecuencias de sus propios actos”. En materia de derechos fundamentales, tal elemento del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas se mantiene, aunque bajo adicionales ingredientes normativos de cualificación, a saber: i) el imperativo de legalidad constitucional establecido para los particulares en el art. 6° C.P., ii) el carácter inalienable de los derechos en el art. 5° C.P., iii) los deberes del artículo 95 constitucional, en concreto los relacionados con la defensa de los derechos humanos y generales como el respeto a los derechos ajenos y el no abuso del derecho (núm. 4° y 1°); finalmente iv) los criterios amplios de interpretación que admiten las fórmulas previstas en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. Es decir, que la responsabilidad de las personas jurídicas con ocasión de los actos que puedan constituir vulneración de los derechos fundamentales, se imputa no de manera indirecta sino directa, por entender que los actos o hechos de quienes como subalterno, auxiliar o dependiente o para favorecer sus intereses, son ejecutados por la persona jurídica misma.

DERECHOS A LA DIGNIDAD HUMANA, AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA INTIMIDAD-Garantía constitucional

La dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad, son los derechos de libertad y de no intervención que confluyen en la protección de los ámbitos de libertad individual, en tanto ingredientes básicos para que un individuo pueda desenvolverse como tal en la sociedad, a la vez que consistentes con el humanismo, la creatividad, la autonomía reconocidas a la persona natural en el Estado constitucional. La protección de la libertad pura, que en definitiva consiste en poder asignar cualquier contenido sobre los asuntos que no producen ningún daño en los otros y en no poder ser reprochado por ello, indemnes a los demás, ajenas al interés general, indisponibles por nadie distinto del sujeto.

DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL-Limitaciones

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD INDIVIDUAL-Fundamento normativo

Desde los límites constitucionales y a través de las limitaciones legales, dos tipos de restricción especialmente relevantes se imponen en el ordenamiento jurídico frente a las libertades individuales: Por un lado las especialmente intensas, cuyo incumplimiento acarrea las sanciones más gravosas pues incluyen la privación de la libertad (personal y la de locomoción): las sanciones penales. Por el otro, las medidas de carácter policivo, mas destinadas a la preservación del orden social y por consiguiente menos restrictivas. En todo caso, unas y otras deben hallarse establecidas de modo que se respeten los principios de legalidad y tipicidad de la conducta, de protección del debido proceso en la definición de responsabilidades por incurrir en las prohibiciones o limitaciones, la sujeción al derecho y la proporcionalidad de la punición.

CONTRAVENCION COMO LIMITACION PARA LA CONVIVENCIA-Autoridad que puede imponerla es la Autoridad con función de Policía

Las primeras limitaciones que afectan las libertades individuales de las personas naturales son las establecidas conforme al poder de policía o poder normativo de regulación del comportamiento ciudadano, a la función de policía reglada y sujeta a la ley y también a la actividad de policía, como competencia de carácter estrictamente material sin poder jurídico alguno, para ejercer la fuerza. Todas ellas destinadas a mantener el orden público, a través de la seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad “que deben existir en el seno de una comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad”. Mas, es claro que las restricciones desde el ámbito del Derecho de policía, deben estar debidamente fundamentadas en el derecho y en todo caso deben producirse con respeto por la dignidad humana y los derechos y libertades constitucionales. A este respecto se aprecia en el Código Nacional de Policía, Decreto-ley 1355 de 1970, por el cual se dictan normas sobre policía, que en su artículo 1º determinó que la policía “está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan (...)”. Por otra parte se

prevé en el artículo 2º que el orden público que protege la policía “resulta de la prevención y eliminación de perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas”.

RESTRICCIONES DE CARACTER POLICIVO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL-Garantía del principio pro libértate y principio de legalidad

EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA-Competencia para disponer de las limitaciones a la libertad individual

La actividad desempeñada por las empresas de vigilancia, debe reducirse a prestar la función de vigilar el comportamiento ciudadano del lugar donde se prestan sus servicios, pero sólo como forma de prevenir actos que atenten contra la vida, la integridad física, los bienes de los sujetos que se protegen y en su caso el delito. Así participan en la construcción de la seguridad y tranquilidad públicas, sin que en desarrollo de tales atribuciones puedan restringir los ámbitos de libertad reconocidos a los particulares o imponer las medidas correctivas que son competencia de las autoridades con función de policía o que ejercen actividad de policía propiamente dicha. Su ámbito de actuación, se ciñe al deber de vigilancia, esto es, a cuidar con atención los espacios públicos o privados que están a cargo de la empresa que presta el servicio.

REGIMENES DE COPROPIEDAD HORIZONTAL DE CENTROS COMERCIALES-Competencia para disponer de las limitaciones a la libertad individual

Sobre el régimen de las copropiedades para usos comerciales, éstas se someten a las normas comunes establecidas para la propiedad horizontal, pues en la ley 675 de 2001 no existe una regulación específica para las copropiedades que operan para uso comercial. El reglamento de propiedad horizontal, esencial fuente para la ordenación de los asuntos de la copropiedad, debe concebirse dentro de la legalidad propia del Estado de derecho constitucional. Y no obstante contar con la facultad de regular con cierta autonomía los derechos e intereses de la copropiedad, los reglamentos y el ejercicio de las atribuciones legales que se confieren a los órganos de la copropiedad, no pueden negar derechos de terceros. Esto es, los terceros que transitan, visitan el centro para desarrollar alguna actividad no relacionada con el régimen de copropiedad.

IGUALDAD EN LA CONSTITUCION Y PROHIBICION DE DISCRIMINACION-Reiteración de jurisprudencia

NOCION DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCION-Reiteración de jurisprudencia

Entre las reglas y subreglas que sobre la igualdad y la no discriminación esta Corte ha trazado según la Constitución y el Derecho internacional de los

derechos humanos que vincula a Colombia, es necesario destacar las siguientes: Como regla general, la legalidad en el Estado constitucional (derechos, responsabilidades, obligaciones) debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos a quienes se dirige, igualdad formal o ante la ley, salvo que existan razones que justifiquen y hagan legítimas normas diferentes, fundadas en las condiciones especiales del sujeto que hacen inoperante o ilegítima la norma general e imponen el trato jurídico y material diferenciado. En ese mismo sentido, las facultades, prerrogativas, prestaciones y habilitaciones que nutren de contenido los derechos, deben ser reconocidas a todos los sujetos que puedan entenderse como titulares de los mismos, así existan diferencias entre ellos. En lo demás, cuando los sujetos son diferenciables y no resulta legítima la misma norma de derecho, se hace imperativa la aplicación de un razonamiento inverso, de una regla que distinga e incorpore las garantías que demanda la diferenciación, como forma de hacer efectiva la igualdad material.

PROHIBICION DE DISCRIMINACION Y CRITERIOS SOSPECHOSOS-Reiteración de jurisprudencia

FORMAS DE DISCRIMINACION-Directa e indirecta

La discriminación directa, ha dicho la Corte constitucional, “se presenta cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, opiniones personales, (...) de manera tal que está proscrita en general, toda diferenciación arbitraria por cualquier razón o condición social”. Por su parte la indirecta ocurre, “cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación”. Esta modalidad, en fin, se compone de dos criterios: Primero, la existencia de una medida o una práctica que se aplica a todos de manera aparentemente neutra. Segundo, la medida o la práctica pone en una situación desaventajada un grupo de personas protegido. Es el segundo criterio de la discriminación indirecta el que difiere de la discriminación directa: el análisis de la discriminación no se focaliza sobre la existencia de un trato diferencial sino sobre los efectos diferenciales.

ORIENTACION SEXUAL DIVERSA-Como diferencia digna de respeto y protección

La orientación sexual diversa, como expresión de la orientación sexual propia de la especie humana, se garantiza en la Constitución desde tres perspectivas: i) como contenido que ampara la libre disposición, artículos 1º, es decir, ingrediente de la dignidad humana como fundamento del Estado social de derecho, 5º, derecho inalienable de la persona, 15, derecho fundamental de la

esfera más íntima del sujeto, 16º, marca nuclear del libre desarrollo de la personalidad; ii) como contenido igualitario y no discriminatorio, artículos 5º y 13, para un reconocimiento de tales derechos y un trato igual ante una diversidad personalísima que no amerita regulación diferenciada y que sí lo hace una protección especial por ser sujeto sometido a condiciones de debilidad manifiesta; iii) como obligaciones reflejas, el mandato de acción negativa o de no interferencia y el mandato de acción positiva de especial protección, artículos 2º, 5º, 6º, en cuanto parte de los fines esenciales del Estado, de su razón de ser y fundamento de sus reglas.

CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE DISCRIMINACION

En aras de proteger al sujeto pasivo de un acto discriminatorio, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en estos supuestos, por ser difícil de probar, la carga de la prueba se traslada a la persona que pretende tratar de forma diferenciada a otra y no en quien alega la vulneración del derecho a la igualdad.

DERECHO A LA NO DISCRIMINACION POR RAZON DE ORIENTACION SEXUAL DIVERSA-Caso de reproche por parte del vigilante del Centro Comercial Cosmocentro por besos de pareja del mismo sexo

ACCION DE TUTELA CONTRA CENTRO COMERCIAL-
Procedencia

Siendo las personas jurídicas en nombre de quienes actuó el vigilante del centro comercial las “beneficiarias” de su proceder, son ellas los sujetos que deben responder por la posible vulneración de derechos fundamentales que se alega y en ese tanto, los requisitos de procedibilidad de carácter subjetivo, por pasiva, se cumplen. Y por lo mismo, yerra en este punto el juez de primera instancia, al descartar la vulneración de derechos fundamentales digna de la acción de tutela, al encontrar que se trata de la actuación no del centro comercial sino de un vigilante que por decisión personal, optó por actuar de determinada manera. Porque en materia de derechos fundamentales se aplica enteramente, el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos de sus dependientes.

DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA DIGNIDAD-
Vulneración por prohibición de besos románticos en Centro Comercial por parte del vigilante

Mal puede entenderse per se como perturbador de la tranquilidad en este caso de un centro comercial, que las parejas efectúen manifestaciones de afecto incluyendo el darse besos. Ni puede la orden de un empresario, fuere el Centro comercial, fuere la empresa de vigilancia, instruir a un trabajador para que en cumplimiento de sus funciones como vigilante, restrinja contornos no limitados legítimamente por el legislador de las libertades

individuales. Es decir que besarse de modo romántico con la pareja, sea o no homosexual, hace parte de los espacios de libertad individual que toda persona natural posee a la luz de su dignidad para vivir como se quiere, para su libre desarrollo personal y para el derecho a no ser molestado en esa elección específica que sólo a él o ella interesa. Y como el legislador no lo ha restringido como derecho de libertad (y sólo lo podría hacer bajo supuestos exigentes de racionalidad y proporcionalidad), no lo puede hacer ni un centro comercial en sus estatutos, ni una empresa de vigilancia por más que tengan como función colaborar con las autoridades de policía. En el mismo sentido, no está dentro de las facultades de la copropiedad que constituye jurídicamente el centro comercial, el disponer de restricciones a los ámbitos iusfundamentales de las libertades, que no estén previstas por la ley y que por tanto hagan parte de la autonomía de los individuos y de la forma de disponer de sus asuntos propios.

DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA DIGNIDAD-

Orden a Centro Comercial y empresa de vigilancia ofrecer excusa escrita y pública en caso de discriminación por orientación sexual diversa por beso de pareja del mismo sexo

DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA DIGNIDAD-

Orden a Centro Comercial y empresa de vigilancia organizar cursos de derechos humanos que involucren charlas sobre discriminación con referencia especial al derecho a la libre opción sexual

Referencia: expediente T-3102855

Acción de tutela instaurada por Andrés Santamaría Garrido – Defensor del Pueblo, Regional Valle del Cauca -, contra el Centro comercial COSMOCENTRO y la empresa de seguridad FORTOX S.A.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboraron:

Manuela Duque Yepes; Florent Gadrat

Bogotá, D.C., primero (1º) de diciembre de dos mil once (2.011)

La Sala de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos emitidos por los Juzgados 11 Penal Municipal y 18 Penal del Circuito de Santiago de Cali, con ocasión de la acción de tutela promovida por el señor Andrés Santamaría Garrido- Defensor del Pueblo, Regional Valle del Cauca-, en defensa de los derechos del señor Jimmy Moreno¹.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda de tutela

El señor Andrés Santamaría Garrido instauró acción de tutela contra el Centro comercial COSMOCENTRO, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales del señor Jimmy Moreno, a la intimidad personal, libre desarrollo de la personalidad y la igualdad.

1.1. Los hechos de la demanda

1.1.1. Según la afirmación del señor Jimmy Moreno, el día 19 de enero de 2011 a las 9:15 PM ingresó con un grupo de amigos, entre ellos su pareja sentimental Robbie Pérez, al centro comercial COSMOCENTRO para retirar dinero de un cajero electrónico.

1.1.2. Mientras uno de los amigos del señor Jimmy Moreno retiraba el dinero del cajero electrónico, él y su pareja se abrazaron y realizaron manifestaciones de afecto.

1.1.3. En el momento en el cual el señor Jimmy Moreno y Robbie Pérez realizaron manifestaciones de afecto, fueron abordados por cinco guardias de seguridad² del centro comercial COSMOCENTRO, y uno de ellos se les acercó y les dijo: *“Yo respeto su forma de pensar, pero ustedes tienen que comportarse o sino tienen que retirarse del Centro Comercial, por que aquí hay familias y niños”* (folio 3 cuaderno original). Frases que fueron reiteradas por uno de los guardias de seguridad, quien concluyó diciendo que si no se retiraban del lugar se vería obligado a usar la fuerza.

1.1.4. El señor Jimmy Moreno acudió al Defensor del Pueblo- Regional Valle del Cauca-, en busca de asesoría por los actos de discriminación que en su

¹ Los nombres propios de persona natural que aparecen en esta sentencia no corresponden a la realidad. Lo anterior con el objeto de preservar sus derechos a la intimidad y a la seguridad personal.

² De acuerdo con lo dicho por la representante legal del centro comercial: *“cabe recordarse [sic] que el servicio de vigilancia lo tiene contratado el centro comercial accionado con la empresa de vigilancia y seguridad privada ‘FORTOX SECURITY GROUP’, que con su propio personal desarrolla dichas labores en las instalaciones del centro comercial. A los guardas de dicha empresa se los instruye sobre el trato respetuoso que deben tener con los clientes y usuarios”* (folio 61).

entender fueron ejercidos por parte del centro comercial, en razón de su orientación sexual.

1.1.5. Conocida la situación anterior por la defensoría regional, se procedió a enviar un oficio de fecha 24 de enero de 2011, dirigido a la señora Nora Patricia Uribe Ortega, representante legal del centro comercial Cosmocentro, solicitando que se manifestara acerca de las políticas del lugar en relación a las parejas del mismo sexo que frecuentan el mismo.

1.1.6. El 28 de enero del año en curso, el actor recibe respuesta de la representante legal de Cosmocentro, en la cual se niega haber efectuado un trato discriminatorio y por tanto, haber expulsado a cualquier persona o grupo del centro comercial.

1.1.7. Considera el señor Jimmy Moreno que la defensoría debe ejercer en su nombre la acción de tutela, teniendo en cuenta que, por tratarse de una persona homosexual recae sobre él una gran presión por parte de la sociedad y ésto lo ubica en una situación de debilidad manifiesta e indefensión; posición que le impide ejercer libremente sus derechos.

1.2. Solicitud de tutela y argumentos alegados por el actor

Con base en los hechos anteriormente expuestos, el demandante solicita mediante acción de tutela lo siguiente:

1.2.1. Tutelar los derechos fundamentales del señor Jimmy Moreno a “la intimidad personal, libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad”.

1.2.2. Que se ordene al representante legal del centro comercial COSMOCENTRO, que

“(…) dentro de un plazo improrrogable de 48 horas, presente excusa escrita y pública al señor Jimmy Moreno, por los hechos que motivaron la presente acción, igualmente se ordene al Centro Comercial COSMOCENTRO finalizar todas las reglas internas, órdenes o solicitudes dadas a sus funcionarios en las que coarte el libre desarrollo de la personalidad, que implica la LIBRE OPCIÓN SEXUAL” (folio 22 cuaderno original).

“Que se ordene al Centro Comercial COSMOCENTRO organizar un curso de derechos humanos que involucre charlas sobre DISCRIMINACIÓN y los derechos fundamentales a la igualdad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, que involucra el derecho a la libre opción sexual, el cual será impartido de manera gratuita por la defensoría del Pueblo regional Valle” (folio 22 cuaderno original).

1.2.3. Tales peticiones las formula, luego de señalar que la Constitución protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual implica que “este derecho es para todos y cada uno de los colombianos,

independientemente de sus preferencias de orden sexual” (folio 11 cuaderno original).

1.2.4. Igualmente indica que la Convención Americana y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre consagran el derecho a la igualdad; y prohíbe a todos los Estados discriminar por razones de sexo. Mandato que ha sido desatendido por cuanto se ha ejercido discriminación por parte de los guardias de seguridad del centro comercial (folios 17-18 cuaderno original).

1.3. La actuación procesal en primera y segunda instancia

1.3.1. Mediante auto de 18 de marzo de 2011, el Juzgado Once Penal Municipal de Cali admitió la demanda de tutela (folio 55 cuaderno original).

1.3.2. Contestación de la demanda suscrita por la señora Nora Patricia Uribe Ortega, como representante legal del centro comercial COSMOCENTRO (folios 60-66 cuaderno original).

1.3.3. Sentencia de Primera Instancia del 1° de abril de 2011 (folios 71-92 cuaderno original).

1.3.4. Impugnación a la decisión anterior, presentada por el actor (folios 93-96 cuaderno original).

1.3.5. Auto de abril 15 de 2011, por el cual se concede en efecto devolutivo la impugnación presentada por el accionante (folio 97 cuaderno original).

1.3.6. Sentencia de Segunda Instancia del 17 de mayo de 2011 (folios 101-109 cuaderno original).

1.4. Intervención de las partes accionadas

1.4.1. Intervención de la representante legal de COSMOCENTRO-parte accionada.

1.4.1.1. La señora Nora Patricia Uribe Ortega, como representante legal del centro comercial COSMOCENTRO, mediante escrito presentado el 30 de marzo de 2011, da respuesta a la tutela impetrada por el Defensor Regional, en representación del señor Jimmy Moreno.

1.4.1.2. En primer lugar, aclara que el centro comercial tiene contratado el servicio de vigilancia con la empresa FORTOX SECURITY GROUP, la cual, con su propio personal desarrolla las labores de vigilancia en el lugar. Ello explica que, la conminación hecha al señor Jimmy Moreno y Robbie Pérez no la ejecutó de manera directa ni indirecta el centro comercial, sino por el contrario, el guardia de seguridad quien no es empleado suyo, ni estaba en presencia de instrucciones u órdenes para prodigarle a las parejas homosexuales un trato discriminatorio (folios 61-62 cuaderno original).

1.4.1.3. En segundo lugar señala que en el Reglamento de Propiedad Horizontal del centro comercial se encuentran consagrados, entre otros, los principios a la convivencia pacífica y solidaridad social y el respeto a la dignidad humana. *“Se deduce de lo anterior que contrario a lo interpretado por el señor defensor del pueblo, el centro comercial pregona, aplica y consagra como derechos especiales el de la convivencia pacífica y el respeto a la dignidad humana, razón por la cual carece de todo fundamento la imputación de trato discriminatorio y vulneración de los derechos fundamentales de su agenciado oficioso”* (folio 64 cuaderno original).

1.4.1.4. Agrega que el respeto que tiene el centro comercial frente a las comunidades homosexuales se demuestra de manera inequívoca en el acto celebrado en las instalaciones del mismo, por un grupo de cerca de 20 integrantes de la comunidad LGTB, el 23 de enero de 2011, denominado “Besatón” (folio 68 cuaderno original).

1.4.1.5. Concluye solicitando al despacho no acceder a la tutela de los derechos fundamentales invocados, toda vez que los mismos no han sido objeto de vulneración por parte de esta entidad.

1.4.2. Intervención de FORTOX S.A. -parte accionada

1.4.2.1. El señor Albeiro Henao Zuluaga, como representante legal de la sociedad FORTOX S.A., mediante escrito presentado el 10 de noviembre de 2011, da respuesta a la tutela impetrada por Andrés Santamaría en su calidad de Defensor Regional.

1.4.2.2. En primer lugar, hace referencia a los hechos ocurridos el miércoles 19 de enero de 2011, cuando el señor Arnold Ferriño *“observo (...) a dos hombres sentados y besándose en inmediaciones del pasillo No. 39. El guarda se les acercó y les comunicó la siguiente recomendación: ‘yo respeto su sexualidad pero por favor moderen su comportamiento’. (...) Sin que en ningún momento se les haya obligado o tomado medidas coercitivas sobre ellos para inducirlos a abandonar las instalaciones”* (folio 30 cuaderno 2).

1.4.2.3. En segundo lugar, señala que el señor Hernández, guardia de seguridad que se acercó a los señores Jimmy y Robbie, *“comprendió que el comportamiento de los dos jóvenes que se besaban abiertamente podía chocar con la percepción de la generalidad de los ciudadanos sobre lo que es un adecuado proceder público, y procedió con educación y respeto a pedirles moderación en su conducta”* (folio 31 cuaderno 2).

1.4.2.4. También pone de presente que el guardia de seguridad en cuestión, habría solicitado la moderación en la conducta de parejas heterosexuales si estas también estuvieran realizando manifestaciones amorosas que pudieran contrariar el comportamiento debido en el centro comercial.

1.4.2.5. Por lo tanto, solicita no acceder a las pretensiones del actor.

1.5 Sentencias objeto de revisión

1.5.1. Sentencia de primera instancia

1.5.1.1. Mediante sentencia de 1° de abril de 2011, la Juez 11 Penal Municipal de Santiago de Cali-Valle, resolvió negar la tutela por los derechos impetrados.

1.5.1.2. Estima la Juez de instancia, tras conocer la situación fáctica, que *“las decisiones tomadas por el guarda de seguridad fueron tomadas a mutuo propio [sic], habida cuenta que la Dra. NORA PATRICIA manifiesta y ratifica en su escrito que no existen instrucciones o indicaciones respecto de este tipo de prohibiciones o advertencias, situación que tampoco fue demostrada por la parte actora”* (folio 90 cuaderno original).

1.5.1.3. Además, afirma la Juez que el guardia de seguridad no es *“adscrito de manera directa con el ente administrativo o directivo”* (folio 90 cuaderno original), por tanto su comportamiento individual no puede ser atribuido al centro comercial.

1.5.1.4. A renglón seguido dice que *“se trata de un comportamiento personal, motivado por valores morales y prejuicios al que se ve asaltado el funcionario de seguridad del Centro Comercial COSMOCENTRO, cuando le solicita al ofendido y a su pareja que se comporten al realizar manifestaciones de afecto”* (folio 90-91 cuaderno original).

Por ello, dice que no es posible *“endilgar una responsabilidad que no fue demostrada dentro del plenario, es decir, que se trate de políticas propias del CENTRO COMERCIAL COSMOCENTRO, a esto se suma que después del infortunado evento el grupo LGTB, realizaran un acto público denominado ‘BESATÓN’ el cual en ningún momento fue censurado ni cohibido por los directivos del Centro Comercial o establecimiento público (...)”* (folio 91 cuaderno original).

1.5.1.5. Por lo señalado, dice que no resulta factible conferir la protección de los derechos fundamentales y en consecuencia deniega la tutela.

1.5.2. La impugnación de la sentencia de primera instancia que no concede la tutela

Mediante escrito, el actor presentó el 12 de abril de 2011, impugnación al fallo de tutela proferido por la Juez Once Penal Municipal, con base en las siguientes razones:

1.5.2.1. Estima que la juez de primera instancia no se pronunció sobre el fondo del asunto, pues hizo referencia más bien a la *“supuesta ausencia de responsabilidad en estos casos de discriminación por parte del Centro Comercial Cosmocentro, argumentando que quien actuó de manera indebida fue un funcionario de seguridad del centro Comercial que trabaja para la*

empresa de seguridad privada contratada por el mismo establecimiento público”.

1.5.2.2. Señala luego que “*resulta insólito*” que la Juez acepte que efectivamente hubo un acto de discriminación motivado por los prejuicios y valores morales del guardia de seguridad, concluyendo sin embargo, que el centro comercial no debe asumir ningún tipo de responsabilidad por las actuaciones de los funcionarios de seguridad que le prestan este servicio.

1.5.2.3. Adicionalmente, manifiesta no estar de acuerdo con el argumento esgrimido por la representante legal del centro comercial, según el cual, la realización del “Besatón” por la comunidad LGTB en las instalaciones del centro comercial demuestra de manera inequívoca el respeto que tiene el mismo frente a las comunidades homosexuales. Lo anterior, lo desvirtúa el actor advirtiéndole que el centro comercial no tenía otra alternativa que permitir la celebración de tal evento teniendo en cuenta que estaban expuestos a la opinión pública por los actos discriminatorios realizados en contra de los señores Jimmy Moreno y Robbie Pérez.

1.5.3. Sentencia de segunda instancia

1.5.3.1. En sentencia de 17 de mayo de 2011, el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito, resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia, confirmándola integralmente.

1.5.3.2. Estima el juez de segunda instancia, que con base en el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es procedente en este caso contra un particular.

1.5.3.3. Señala que el problema jurídico por resolver en este asunto, consiste en definir si “*se presentó un acto discriminatorio violatorio del derecho fundamental a la igualdad*” (folio 103 cuaderno original).

1.5.3.4. Comienza por afirmar que no hay claridad en cuanto a la razón o motivación real del guardia de seguridad para retirar al señor Jimmy Moreno y a su pareja del centro comercial. Es decir, si fue por la inclinación sexual de los sujetos o por su comportamiento no adecuado en cuanto a las manifestaciones de afecto que estaban realizando.

Sin embargo, afirma que, de lo dicho por la representante legal del centro comercial en la entrevista dada ante “La W de Caracol Radio” (folio 51-54 cuaderno original), concluye el *ad quem* que el motivo por el cual se le solicitó al señor Jimmy Moreno y Robbie Pérez que se retiraran del lugar, no fue por su orientación sexual sino, por que su comportamiento traspasó los límites de la moralidad.

1.5.3.5. En razón a lo anterior, aduce que no se han vulnerado los derechos fundamentales del ofendido al libre desarrollo de la personalidad, igualdad e intimidad, puesto que “lo que hacía el guarda de seguridad no era discriminar al señor Jimmy Moreno y su pareja, sino pedirles compostura que es muy

diferente en desarrollo de esa obligación de preservar la moral y el orden que adquiere especial relevancia es [sic] sitios abierto [sic] al público hacia [sic] sean de naturaleza privada” (folio 105 cuaderno original).

1.5.3.6. Enfatiza que en este caso concreto no hubo un acto de discriminación sino simplemente un llamado de atención. Por último, afirma el *ad quem* que “*Un beso, una tomada de mano, no es algo inmoral ni atenta contra el orden público, diferente es cuando esa acción se prolongue no un instante, un minuto sino que supera un lapso de tiempo prolongado[;] igualmente, tampoco lo será la forma como se de la caricia; diez minutos es un lapso largo de tiempo*” (folio 106 cuaderno original).

En fin, encuentra acertada la decisión que adoptó la juez de primera instancia y con ello resuelve confirmar integralmente la sentencia que analiza.

1.6. Actuación en sede de revisión y pruebas recaudadas

1.6.1. Mediante auto de 4 de octubre de 2011, la Sala, considerando necesario “*dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados*”, solicitó al Centro Comercial COSMOCENTRO y a la Defensoría del Pueblo Regional Valle del Cauca, suprimir de sus medios de comunicación y publicidad, los nombres de los sujetos cuya vulneración de derechos se alega en el proceso de la referencia, en atención a la necesidad de proteger su derecho a la intimidad (folio 9 cuaderno 2).

1.6.2. Igualmente, mediante auto de 31 de octubre de 2011, la Sala, tras analizar el expediente estimó necesario vincular a la empresa de seguridad privada FORTOX SECURITY GROUP para que se pronunciara sobre las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, así como sobre las pretensiones del accionante (folio 27 cuaderno 2).

1.6.3. A su vez, con auto del 18 de noviembre de 2011, la Sala ordenó a la *representante legal del Centro Comercial COSMOCENTRO*, allegar al proceso el reglamento de propiedad horizontal y la acreditación de los avisos públicos dispuestos por el Centro Comercial en los que se establezcan las reglas de comportamiento que se espera de las personas que acuden al mismo (folio 45, cuaderno 2).

1.7. Pruebas obrantes en el expediente

- Copia del formato de recepción de petición hecha por Jimmy Moreno ante la Defensoría del Pueblo, Sistema de Atención y Trámite de Quejas, el día catorce (14) de febrero de 2011. (folios 25-27 cuaderno original)
- Copia de la entrevista hecha al señor Jimmy Moreno llevada a cabo en la Defensoría del Pueblo Regional Valle del Cauca, en la que se

describe la ocurrencia de los hechos del día 14 de febrero de 2011 en el Centro Comercial Cosmocentro (folios 28-29 cuaderno original).

- Copia del informe fotográfico realizado por la Unidad Operativa de Investigación Criminal, Regional Valle del Cauca, en las instalaciones del Centro Comercial Cosmocentro (folios 30-44 cuaderno original).
- CD del informe fotográfico realizado por la Unidad Operativa de Investigación Criminal, Regional Valle del Cauca, en las instalaciones del Centro Comercial Cosmocentro (folio 44 cuaderno original).
- Carta del 24 de enero de 2011, suscrita por el actor a la Representante Legal del Centro Comercial, en la que el primero solicita saber si dentro de las políticas del Centro Comercial se encuentra alguna en que sus servidores asuman actitudes discriminatorias frente a parejas del mismo sexo. Además solicita conocer los planes y estrategias dirigidos a sus empleados buscando la eliminación de conductas discriminatorias (folios 45-46 cuaderno original).
- Copia de la respuesta a la carta del 24 de enero de 2011, suscrita por la Representante Legal del Centro Comercial Cosmocentro, en la que se hace referencia a los principios orientadores del lugar (folio 47 cuaderno original).
- Copia de la noticia publicada por el Periódico El País de Cali, del martes 25 de enero de 2011, titulada “Polémica por beso de pareja gay” (folio 48 cuaderno original).
- Copia de la Resolución No. 508 del 6 de julio de 2006, “Por la cual se confirma el nombramiento del doctor Andrés Santamaría Garrido”, en el cargo de Defensor Regional de Valle del Cauca, Grado 21, perteneciente al Nivel Directivo. (folio 49 cuaderno original)
- Copia del Acta de Posesión No. 109 del 7 de julio de 2006, en la cual toma posesión el doctor Andrés Santamaría Garrido del cargo de Defensor Regional de Valle del Cauca, Grado 21. (folio 50 cuaderno original)
- Copia de las declaraciones del ciudadano Jimmy Moreno en la emisora “la W radio” de Caracol. Transcripción hecha por la Defensoría del Pueblo Regional Valle del Cauca. (folio 51–54 cuaderno original)
- Copia del informe fotográfico realizado en las instalaciones del Centro Comercial Cosmocentro del evento público denominado “BESATÓN” llevado a cabo por el grupo LGTB. (folios 67-69 cuaderno original)
- Copia del certificado mediante el cual la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad del Municipio de Santiago de Cali, Certifica

“Que mediante la resolución No. SCV-95-066 del 09 de mayo de 1995 expedida por la SUBDIRECCIÓN DE CONTROL DE LA VIVIENDA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE CONTROL FÍSICO MUNICIPAL, se registró la Persona Jurídica correspondiente a el (la) “COSMOCENTRO CIUDADELA COMERCIAL”. PROPIEDAD HORIZONTAL ubicado en la calle 6 No. 50-103 de la actual nomenclatura urbana de Santiago de Cali”. (folio 70 cuaderno original)

- Copia de la hoja de vida del señor Arnold Ferriño (folio 34-35 cuaderno 2).
- Certificado de Existencia y Representación Legal de la Sociedad FORTOX S.A. (38-43 cuaderno 2).
- Copia del Reglamento de Propiedad Horizontal del centro comercial COSMOCENTRO, enviado por correo electrónico el 30 de noviembre de 2011.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala Número Ocho de Selección, mediante auto del diez y ocho (18) de agosto de dos mil once (2011), dispuso la revisión por la Corte Constitucional del presente proceso de tutela.

2.1 Competencia

2. Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en las demás disposiciones pertinentes, así como por haberse escogido por la Sala de Selección.

2.2. Problemas jurídicos y esquema de resolución

3. A juicio de la Sala, el presente asunto impone resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Es procedente la acción de tutela contra un centro comercial y una empresa de vigilancia, por el hecho de que un vigilante hubiere reprendido a una pareja homosexual por besarse en un espacio común del centro comercial abierto al público?

(ii) La reprensión a una pareja por el hecho de besarse en público, de parte de un vigilante de un centro comercial, ¿constituye vulneración de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad y a la intimidad?

(iii) Reprimir el derecho a besarse en lugares abiertos al público, a una pareja de jóvenes homosexuales ¿representa una discriminación ilegítima por orientación sexual diversa?

4. Para los efectos de absolver los anteriores interrogantes, la Corte procederá de la siguiente manera. En primer lugar la Sala reiterará su jurisprudencia en torno de la acción de tutela contra particulares y específicamente, contra personas jurídicas de derecho privado (2.3.). A continuación retomará otra vez la jurisprudencia constitucional, esta vez con referencia al contenido protegido en común por los derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, es decir, como garantías fundamentales de la libertad individual (2.4.). Luego, también hará lo propio frente a la jurisprudencia sobre la igualdad en la Constitución y en particular, sobre la prohibición de la discriminación (2.5.). Con base en tales elementos, se formularán unas conclusiones preliminares (2.6.). Por último, efectuará el estudio para la solución del caso concreto (2.7.).

2.3. La procedencia de la acción de tutela contra de particulares. Reiteración de jurisprudencia

5. Se estudia aquí, como primer elemento conceptual constitucional a tener en cuenta para atender los problemas jurídicos del caso, la jurisprudencia sobre la tutela contra personas particulares, en especial, contra personas jurídicas de derecho privado (2.3.1.); a continuación se analiza lo dicho frente a las personas jurídicas como sujetos pasivos de la acción de tutela y su responsabilidad por el hecho de sus dependientes (2.3.2.).

2.3.1. Tutela contra particulares. Reiteración de la jurisprudencia³

6. Con la concreción en el derecho interno, artículo 42 del Decreto 2591 de 1991⁴, de esta institución renovadora del alcance de protección reconocido a las normas de derechos fundamentales⁵ y su reiterado reconocimiento por parte

³ Se sigue en particular el análisis efectuado en la sentencia T-314 de 2011.

⁴ Disposición que aunque se concibió con restricciones en cuanto a los derechos fundamentales que podían ser vulnerados y los particulares frente a quienes podía ejercerse, se amplió en su base normativa de reconocimiento. Así cuando en la sentencia C-134 de 1994 se declararon inexecutable apartes del artículo 42 para entenderlo en el sentido de que “*la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental*”. También cuando mediante sentencia C-378 de 2010 se declaró la inconstitucionalidad de la expresión domiciliarios del numeral 3º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

⁵ En Alemania el Tribunal Constitucional reconoció, pese a no existir norma constitucional expresa que así lo dispusiera, que las normas de derechos fundamentales también tienen efectos en las relaciones entre particulares (tesis de la *drittwirkung*). Ocurrió por primera vez en el caso *Lüth – Urteil* (1958) donde el Tribunal anuló un fallo de la Corte de Apelaciones de Hamburgo por no haber tenido en cuenta los derechos fundamentales en una disputa civil entre particulares. En Francia, aunque no existe la excepción de inconstitucionalidad ni un recurso semejante al amparo, también se ha presentado una constitucionalización del derecho privado por vía de la protección de los derechos constitucionales fundamentales. Vid. Nicolas Molfessis. *Le Conseil Constitutionnel et Le Droit Privé*, L.G.D.J., París, 1997.

de la jurisprudencia constitucional⁶, existe claridad para la jurisprudencia constitucional: la tutela procede contra los particulares, al ser estos también sujetos que ejercen poder sobre otras personas y frente a quienes dichas normas *iusfundamentales* producen un “efecto horizontal”⁷. Una responsabilidad que se establece tanto por la subordinación como por la situación de indefensión en que el particular en cuestión, coloca a otro sujeto de derechos fundamentales. La primera derivada de relaciones jurídicas legales o contractuales. La segunda, existente por una situación fáctica de falta total o insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales⁸.

7. Esta idea fue expresamente expuesta por la sentencia T-314 de 2011, donde se dijo: La *“necesidad de que la acción de tutela proceda en contra de particulares por la subordinación o la indefensión también encuentra sustento en el derecho a la igualdad, ya que la persona que se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa en la relación desequilibrada que tiene respecto del particular; por ello el Estado brinda la herramienta de la acción de tutela para la protección”*.⁹

8. Se trata de una noción que se inserta dentro de las piezas estructurales del Derecho de los derechos fundamentales, que hace a los particulares más responsables frente a sus actos, sean ellos desplegados de manera directa o a través de sus representantes o agentes. Pero además, representa el reconocimiento por el Derecho constitucional del proceso efectivo de privatización de ámbitos públicos de la vida de los individuos.

Una expansión que no sólo opera en el ámbito de los servicios públicos cuya prestación el Estado ha ido entregando al mercado, sino también por la forma como el propio comercio se ha ido involucrando con la vida pública de los ciudadanos. El fenómeno complejo del *“desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado”*¹⁰, lo que demanda la protección de los particulares *“frente a cualquier clase de poder social”*¹¹ ¹².

⁶ Cita la sentencia T-314 de 2011, a manera de ejemplo, las siguientes providencias « SU.519/97, T-074/98, T-374/98, T-387/98, T-390/98, T-394/98, T-466/98, T-025/99, SU.062/99, T-170/99, T-394/99, T-470/99, T-493/99, T-495/99, T-526/99, T-605/99, T-639/99, T-732/99, T-739/99, T-755/99, T-757/99, T-056/00, T-080/00, T-677/01, T-798/01, T-1328/01, T-163/02, T-386/02, T-589/02, T-660/02, T-663/02, T-844/02, T-853/02, T-921/02, T-922/02, T-962/02, T-1127/02, T-180/03, T-288/03, T-587/03, T-595/03, T-633/03, T-647/04, T-667/04, T-947/04, T-1106/05, T-1302/05, T-1327/05, T-351/06, T-416/06, T-517/06, T-116/07, T-254/07, T-716/07, T-255/08, T-389/08, T-768/08, T-932/08, T-591/09, T-704/09, T-809/09, T-035/10, T-970/09, T-781/09, T-791/09, T-083/10, T-197/10, T-234/10, T-449/10 ».

⁷ Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, p. 510-511.

⁸ Vid. Sentencia T-122 de 2005.

⁹ Este caso se trató de la acción de tutela presentada en contra de un particular, por considerar vulnerados sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, ante la decisión de este último, de negarle el ingreso a unos eventos de música electrónica que organizaba, presuntamente debido a la identidad transgenerista de la actora.

¹⁰ Sentencia T-351 de 1997.

¹¹ Vid. Sentencia T-251 de 1993, retomada en la T-767 de 2001.

¹² Sentencia T-222 de 2004.

2.3.2. Las personas jurídicas como sujetos pasivos de la acción de tutela y su responsabilidad por el hecho de sus dependientes

9. El efecto horizontal de los derechos fundamentales entre particulares cobra especial importancia frente a las personas jurídicas, quienes efectivamente como asociaciones y empresas en sus diferentes formas y dimensiones, tienen cada vez mayor capacidad para influir en la vida de los individuos y en el ejercicio de sus libertades y derechos. Esta influencia puede convertirse en subordinación o en generar posición jurídica de indefensión, lo cual hace que su responsabilidad general y también de cara a los derechos fundamentales que pueda afectar, deba ser reconocida en todos sus alcances.

Sin embargo, en especial por los argumentos aducidos por uno de los accionados del proceso, el Centro comercial Cosmocentro, encuentra la Sala necesario revisar cuál es el tipo de responsabilidad que se puede imputar a la persona jurídica y cómo distinguirla de la responsabilidad que por ese concepto puede caber sobre las personas naturales que los representan o actúan por ellas.

10. Como ocurre con la persona natural, la persona jurídica sufre las consecuencias de los actos o de los hechos que puedan causar un daño, con fundamento en relaciones contractuales como extracontractuales, así como de manera directa e indirecta.

La formulación de la responsabilidad directa o *“por el hecho propio”*, se encuentra prevista en el Art. 2341 del Código Civil, el cual señala que quien causa un daño a otro por su culpa o intención, está obligado a resarcirlo. Por su parte, la responsabilidad indirecta o *“por el hecho de otro”*, se contempla en el inciso primero del artículo 2347 del Código Civil, cuando establece que *“toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado”*.

11. La distinción de estas dos modalidades ha sido estudiada por la Corte Suprema de justicia (C.S.J). Así por ejemplo, la Sala de Casación Civil, en sentencia de casación de 29 de abril de 1993¹³, llevó a cabo un rico análisis sobre la evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, especialmente en materia extracontractual. Así señaló al respecto:

“Desde el siglo pasado hasta el momento actual, y en lo que toca con la responsabilidad aquiliana de las personas morales de derecho privado o de derecho público, fácilmente se advierte en la evolución de la jurisprudencia de la Corte varios períodos, que la misma corporación ha concretado a tres, perfectamente distinguibles y que pueden compendiarse así:

¹³ Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de abril de 1993. Magistrado Ponente. Alberto Ospina Botero.

a) *Con estribo en los criterios conocidos por la doctrina de “culpa in eligendo” y de culpa “in vigilando”, o sea, por mala elección o por la falta de vigilancia de la persona jurídica, ésta comprometía su responsabilidad en forma indirecta, por culpa de sus agentes o de sus subordinados, de conformidad con lo que preceptúan los artículos 2347 y 2349 del Código Civil;*

b) *La doctrina precedente resultó modificada posteriormente, mediante fallo de la Corte de 21 de agosto de 1939, puesto que de la responsabilidad indirecta que se venía sosteniendo respecto de las personas jurídicas, se desplazó parcialmente a la responsabilidad directa. Este segundo período lo explica la Corte en sentencia de 28 de octubre de 1975, en los términos siguientes:*

‘El citado fallo (21 de agosto de 1939) dijo en efecto la Corte que la teoría basada en la “culpa in eligendo” ha situado esta especie de responsabilidad del Estado por causa de funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia o cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículo 2347, 2348 y 2349 C. C), no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas de derecho público, por que en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado (...).’

‘Y consistió la segunda modalidad¹⁴ de la responsabilidad directa, aplicable exclusivamente a las personas jurídicas de derecho público, en la tesis conocida con la expresión ‘fallas del servicio’

c) *La Corte en sentencia de la Sala en Casación Civil de 30 de junio de 1962 [G.J, T, XCIX, Págs. 87 a 100 y 651 a 658] revaluó los criterios doctrinales sentados a partir de 1939, en los términos siguientes:*

‘Tales consideraciones han llevado a reevaluar las antedichas tesis y a preferir, como consecuencia, la directa, en el ámbito de las personas jurídicas privadas, partiendo de la presencia del factor culpa de las misma, como repercusión del hecho de sus agentes; y en el campo de la administración, la de las ‘fallas del servicio’ (...).’

Y, como lo dijo de modo más reciente la misma Corte Suprema de Justicia, esta responsabilidad se produce no como responsabilidad “refleja” por los daños provenientes de los hechos de quienes “estuvieren a su cuidado”, sino producto de que “en línea de principio, respecto de entes jurídicos, (...)

¹⁴ La doctrina de la responsabilidad directa trajo consigo dos modificaciones que tuvieron grandes impactos, de los cuales solo se citará uno de ellos por su importancia para el caso bajo estudio.

acorde con el estado actual de la jurisprudencia, éstos se gobiernan por la responsabilidad directa, en cuanto se considera que las acciones u omisiones de sus agentes, cuando obran en ejercicio o con ocasión de sus funciones, son atribuibles, con las consecuencias inherentes, a la persona jurídica misma”¹⁵.

12. Esta responsabilidad se encuentra además justificada, por lo que se dijo en otra decisión de 1993¹⁶. En tanto “*simple abstracción jurídica que es, el ser moral debe precisamente actuar con el obligado concurso de personas físicas a quienes una norma superior (... los estatutos y reglamentos), les señala las particulares funciones que deben cumplir y sin cuyo ejercicio no podría llenar aquél los fines para los que se le creó. Estos agentes cualquiera que sea su denominación y jerarquía, al accionar sus funciones, pierden la individualidad que en otras condiciones tendrían; sus actos se predicen realizados por la persona moral, y directa de ésta es la responsabilidad que en dichos actos se origine*” (resaltado fuera del texto)¹⁷.

13. No cabe duda pues, que la persona jurídica debe responder por los perjuicios resultantes de los actos cometidos por los subalternos, cualquiera que sea el vínculo jurídico que cree esta subordinación, siempre y cuando ellos actúen en ejercicio de las funciones encomendadas por la persona jurídica, o con motivo de las mismas¹⁸. Porque allí “*no se le llama a responder por los actos de sus dependientes, sino de las consecuencias de sus propios actos*”¹⁹.

14. En materia de derechos fundamentales, tal elemento del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas se mantiene, aunque bajo adicionales ingredientes normativos de cualificación, a saber: i) el imperativo de legalidad constitucional establecido para los particulares en el art. 6° C.P., ii) el carácter inalienable de los derechos en el art. 5° C.P., iii) los deberes del artículo 95 constitucional, en concreto los relacionados con la defensa de los derechos humanos y generales como el respeto a los derechos ajenos y el no abuso del derecho (núm. 4° y 1°); finalmente iv) los criterios amplios de interpretación

¹⁵ En esta sentencia se estudió el caso de la responsabilidad directa de una cooperativa como consecuencia de la muerte del conductor y su ayudante del bus de servicio público, el cual se encontraba afiliado a la empresa demandada. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar, Bogotá, D. C., sentencia del seis (6) de septiembre de dos mil once (2011). Referencia: C-0500131030092002-00445-01.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P.: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Santafé de Bogotá, D.C. sentencia del veinte (20) de mayo de 1993. Expediente: 3573.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Magistrado Ponente: Carlos Eesteban Jaramillo Schloss. Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).- Expediente No. 4422.

¹⁸ Porque si “*el deudor no asumiera el riesgo del comportamiento del tercero que ejecuta el contrato, toda la teoría de las obligaciones quedaría desvertebrada, pues los deudores contractuales se limitarían a delegar en terceros la ejecución del contrato, pudiéndose exonerar de responsabilidad demostrando ausencia de culpa o, incluso, alegando que el acreedor debe demostrarles una culpa que hubiera tenido incidencia causal en el incumplimiento*”. Vid. Tamayo, Jaramillo Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Parte segunda, “Responsabilidad por el hecho ajeno”. Pág. 663.

¹⁹ Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Civil. Magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar Bogotá, D. C., sentencia del seis (6) de septiembre de dos mil once (2011). Referencia: C-0500131030092002-00445-01.

que admiten las fórmulas previstas en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, como atrás se ha dicho.

Es decir, que la responsabilidad de las personas jurídicas con ocasión de los actos que puedan constituir vulneración de los derechos fundamentales, se imputa no de manera indirecta sino directa, por entender que los actos o hechos de quienes como subalterno, auxiliar o dependiente o para favorecer sus intereses, son ejecutados por la persona jurídica misma.

2.4. Los derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad

15. El concepto de libertad que se debe explorar para atender otro de los problemas jurídicos del caso, se analizará desde el estudio del alcance y significado de tales derechos, en tanto garantías fundamentales de la autonomía y la libre elección individual (2.4.1.); enseguida retomará lo dicho por la Corte constitucional sobre los límites que pueden ser impuestos a tales derechos y los sujetos autorizados para imponerlos (2.4.2.).

2.4.1. Las garantías constitucionales fundamentales de la autonomía y la libre elección individual

16. Sin pretensión de exhaustividad, tres derechos constitucionales contemplan con claridad las garantías fundamentales con las cuales la Constitución de 1991 consagró para el Estado colombiano, el derecho de respeto y protección a la autonomía de la voluntad y libertad de elección individual, para los asuntos que determinan la identidad personal. Se hace referencia a los derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad, en sus ámbitos de protección de la libertad.

17. Conforme lo establecido en el artículo 1º C.P., la dignidad humana es fundamento que justifica la existencia del Estado, por tanto un valor superior y un principio fundante del Estado Social de Derecho, conforme al cual todas las personas deben recibir un trato acorde con su naturaleza humana.

Sobre el particular la Corte ha dicho que la dignidad humana es expresión de la autonomía individual y capacidad de autodeterminación, expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o manifestación de la intangibilidad de la integridad física y moral²⁰. De ahí el imperativo de las autoridades públicas, para que adopten las medidas de protección indispensables a fin de salvaguardar los bienes jurídicos más preciados para el Estado y que conforme al art. 2º C.P., definen al ser humano “*como persona, y entre los cuales se cuentan, la libertad, la autonomía, la integridad física y*

²⁰ Sentencia T-881 de 2002, reiterada entre muchas otras, por la sentencia C- 075 de 2007. En este último caso se dijo en torno a la unión marital de hecho, que “*la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales*”.

*moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia. (C.P. art. 2.)*²¹.

18. Por su parte el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es el principio liberal²² de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social²³. Es la **protección general de la capacidad** que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros o el orden jurídico. Es, de ese modo, la fórmula que *“condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de las decisiones que directamente le incumben en cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado”*²⁴. Porque es *“la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana”*²⁵.

Con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en fin, el Estado *“resuelve reconocer la autonomía de la persona”*, como forma de constatar, *“ni más ni menos [que] el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, en el sentido de su existencia”*²⁶.

19. Finalmente, la garantía de la autonomía individual prevalente en todo aquello que sólo involucre los intereses propios y no dañe o menoscabe los derechos de los otros, también se protege con la consagración del derecho a la intimidad, previsto en el artículo 15 al establecer que *“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar (...)”*.

Lo anterior porque, ha sido dicho esta Corporación, el derecho a la intimidad se entiende como la *“esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el*

²¹ Sentencia C-075 de 2007.

²² Clásico y también romántico, según se aprecia en el concepto de libertad de Jhon Stuart Mill en “Ensayo sobre la libertad”, al decir: *“La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien a nuestra propia manera, en tanto que no intentemos privar de sus bienes a otros, o frenar sus esfuerzos para obtenerla. Cada cual es el mejor guardián de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La especie humana ganará más en dejar a cada uno que viva como le guste más, que en obligarle a vivir como guste al resto de sus semejantes”*.

²³ Sentencia T-097 de 1994. En igual sentido, entre otras, las sentencias C-481 de 1998 y la T-268 de 2000.

²⁴ Sentencia T-067 de 1997.

²⁵ Ídem.

²⁶ Sentencia C-221 de 1994.

ordenamiento jurídico”²⁷. Desde esta perspectiva, implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, en donde se resguardan aquellas conductas o actitudes que corresponden al fuero personal y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas²⁸. Supone, además, “*la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural*”²⁹.

20. Se tiene así, en suma, que la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad, son los derechos de libertad y de no intervención que confluyen en la protección de los ámbitos de libertad individual, en tanto ingredientes básicos para que un individuo pueda desenvolverse como tal en la sociedad, a la vez que consistentes con el humanismo, la creatividad, la autonomía reconocidas a la persona natural en el Estado constitucional. La protección de la libertad pura, que en definitiva consiste en poder asignar cualquier contenido sobre los asuntos que no producen ningún daño en los otros y en no poder ser reprochado por ello, indemnes a los demás, ajenas al interés general, indisponibles por nadie distinto del sujeto.

2.4.2. La limitación de la libertad individual

21. A pesar de lo anterior, no cabe duda de que la libertad individual a desarrollarse en sociedad puede estar sujeta a limitaciones y restricciones diversas. Tres aspectos se deben precisar sobre esta materia en el presente caso. Uno relacionado con la definición del fundamento normativo de las restricciones a la libertad individual (2.4.2.1.); dos, las limitaciones contravencionales básicas para la convivencia y la autoridad que puede imponerlas (2.4.2.2.); por último, con base en lo anterior, se precisará la competencia que en estas materias poseen las empresas de vigilancia y en su caso los regímenes de copropiedad de los centros comerciales (2.4.2.3.).

2.4.2.1. El fundamento normativo de las restricciones a la libertad individual

22. De acuerdo con la Constitución, la libertad de las personas encuentra un límite en los derechos de los demás y en el orden jurídico. Es decir que la autonomía y la libre elección individual, con todo y su valor, no es absoluta, sino que puede ser limitada o restringida, conforme los siguientes supuestos: la limitación debe i) tener fundamento en bienes constitucionales, ii) contar con autorización en la ley, iii) su configuración concreta deberá ser razonable y proporcional, iv) sin que pueda “*llegar a anular la posibilidad que tienen*

²⁷ Sentencia C-517 de 1998.

²⁸ Para la doctrina este derecho se refiere al “*control sobre la información que nos concierne*” o al “*control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona*”. En Luis García San Miguel (editor), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Editorial Tecnos, Madrid 1982, Pág. 17.

²⁹ Sentencia T-889 de 2009.

las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal (...)”³⁰, so pretexto de proteger cualesquiera intereses generales³¹.

En este mismo sentido y con relación al derecho a la intimidad, ha dicho la Corte Constitucional que puede ser “*objeto de limitaciones en su ejercicio ‘en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1º de la Constitución’³². Es el caso de las “razones de orden social (...) o, incluso, de concurrencia con otros derechos de carácter individual como el de la libertad de información o expresión, las que imponen limitaciones a la intimidad personal³³, lo cual responde al reconocimiento intrínseco de la relatividad de los derechos, que implica la exigibilidad de algunos deberes dado el compromiso de vivir en sociedad (C.P. art. 95)”³⁴.*

23. En aplicación de tales principios, desde los límites constitucionales y a través de las limitaciones legales, dos tipos de restricción especialmente relevantes se imponen en el ordenamiento jurídico frente a las libertades individuales: Por un lado las especialmente intensas, cuyo incumplimiento acarrea las sanciones más gravosas pues incluyen la privación de la libertad (personal y de la de locomoción): las sanciones penales. Por el otro, las medidas de carácter policivo, mas destinadas a la preservación del orden social y por consiguiente menos restrictivas. En todo caso, unas y otras deben hallarse establecidas de modo que se respeten los principios de legalidad y tipicidad de la conducta, de protección del debido proceso en la definición de responsabilidades por incurrir en las prohibiciones o limitaciones, la sujeción al derecho y la proporcionalidad de la punición.

2.4.2.2. Contravenciones como limitaciones básicas para la convivencia y la autoridad que puede imponerlas

24. Las primeras limitaciones que afectan las libertades individuales de las personas naturales son las establecidas conforme al poder de policía o poder normativo de regulación del comportamiento ciudadano, a la función de policía reglada y sujeta a la ley y también a la actividad de policía, como competencia de carácter estrictamente material sin poder jurídico alguno, para ejercer la fuerza. Todas ellas destinadas a mantener el orden público, a través de la seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad “*que deben existir en el seno de una comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad*”³⁵.

25. Mas, es claro que las restricciones desde el ámbito del Derecho de policía, deben estar debidamente fundamentadas en el derecho y en todo caso deben

³⁰ Sentencia C-309 de 1997.

³¹ Sentencia C-542 de 1993.

³² Sentencia T-414 de 1992.

³³ Sentencia T-552 de 1997.

³⁴ Sentencia T-889 de 2009.

³⁵ Sentencia SU-476 de 1997.

producirse con respeto por la dignidad humana y los derechos y libertades constitucionales³⁶.

26. A este respecto se aprecia en el Código Nacional de Policía, Decreto-ley 1355 de 1970, *por el cual se dictan normas sobre policía*, que en su artículo 1° determinó que la policía “*está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan (...)*”. Por otra parte se prevé en el artículo 2° que el orden público que protege la policía “*resulta de la prevención y eliminación de perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas*”.

También se precisa en el art. 3° que la “*libertad se define y garantiza en la Constitución y en las convenciones y tratados internacionales y la regulación de su ejercicio corresponde a la ley y a los reglamentos*”. En fin, determina el artículo 6° que “*Ninguna actividad de policía puede contrariar a quien ejerza su derecho sino a quien abuse de él*”.

27. Con relación a las conductas restrictivas de la libertad, esto es, al efectivo ejercicio del poder de policía, por razón de los hechos del caso del presente proceso, conviene destacar en particular, las siguientes: Existen de una parte las contravenciones que motivan la expulsión de un sitio público o abierto al público, art. 209, numeral 3°, que corresponde imponer al oficial, suboficial o agente de la policía, frente a quien en establecimiento abierto al público “*riña o en cualquier otra forma perturbe la tranquilidad*”. De otro, se encuentra el artículo 44 del Decreto 522 de 1971, que adicionó el decreto 1355 de 1970, y que incluyó como contravención de policía, por la cual se sanciona actualmente con multa³⁷ a quien “*en sitio público o abierto al público, ejecute un hecho obsceno*”. Esta última conducta, vale la pena precisar, sólo se sanciona con esta medida contravencional, pues lo obsceno y pornográfico no es sancionado por el Derecho penal³⁸ y en esa medida, su reconocimiento y las

³⁶ Sentencia C-024 de 1994.

³⁷ Originalmente se contemplaba como sanción el arresto de uno a seis meses, pero mediante el artículo 15 de la ley 228 de 1995, se sustituyó dicha sanción por la imposición de multas de hasta 2 SMLMV.

³⁸ Se decía al respecto en la sentencia T-391 de 2007, en la que se resolvió la tutela interpuesta por una emisora radial, contra las medidas restrictivas a su libertad de expresión e información impuestas por una sentencia dentro de un proceso de acción popular, que “*por una parte, la legislación colombiana no penaliza ni la obscenidad ni la pornografía, por lo cual no existe en nuestro país una decisión político-legislativa que suscite debates jurisprudenciales tan álgidos como los que se acaban de reseñar. En aplicación del principio constitucional de legalidad, las conductas que no estén expresamente prohibidas a los particulares, se han de entender permitidas (art. 6, C.P.). Por otra parte, la sociedad colombiana, que constitucionalmente se ha caracterizado como una estructura plural basada en el respeto de la diversidad, no comparte una sola postura o actitud frente a las expresiones de contenido sexualmente explícito, y mal harían tanto el Congreso como los administradores y los jueces en privilegiar una determinada perspectiva de la sexualidad humana, que sirva de parámetro de juicio y exclusión de las expresiones que reflejen perspectivas diversas en este complejo y sensible tema. En consecuencia, la caracterización de lo sexualmente explícito como una forma de expresión excluida de protección constitucional, no es un elemento que esté presente en el ordenamiento constitucional colombiano. Sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene disposiciones específicas en su artículo 17, orientadas a resguardarlos de la exposición a expresiones que puedan ser lesivas para su proceso de desarrollo, norma que es relevante al momento de establecer el ámbito de protección constitucional de este tipo de expresiones*” (resaltado fuera del original).

acciones que reclaman por parte del Estado, varían de conformidad con el contexto en que se presente el hecho a ser juzgado, teniendo como extremos para su definición por parte de las autoridades, por un lado el principio *pro libertate*³⁹ y por otro, la protección de los derechos de los niños⁴⁰.

28. A su vez, en lo que se refiere a las competencias de la función de policía, adicionalmente, en el artículo 7° se prevé que podrá “*reglamentarse el ejercicio de la libertad en cuanto se desarrolle en lugar público o abierto al público o de modo que trascienda de lo privado*”. En los artículos 8° y 9° se establece que las asambleas departamentales pueden reglamentar el ejercicio de la libertad en relación con lo que no haya sido objeto de la ley y las precisiones para aplicar esto último corresponde a los gobernadores y alcaldes. Y posteriormente, en el artículo 220, modificado por el art. 129 del Decreto 522 de 1971, se dice que corresponde a los alcaldes o a quien haga sus veces, la imposición de las medidas correctivas de multa, decomiso, suspensión de permisos, etc.

29. Y en lo que tiene que ver con la actividad de policía, aparece con claridad lo previsto en el artículo 34 del Código Nacional de Policía, según el cual “*La protección del orden público interno corresponde a cuerpos de policía organizados con sujeción a la ley y formados por funcionarios de carrera,*

³⁹ A más de lo señalado en la nota al pie de página anterior, no se puede pasar por alto que la noción de *obscenidad* impone un ejercicio de interpretación abierto y difícil, más aún cuando la obscenidad en que pensó el legislador extraordinario de 1970 no puede ser la misma, bajo ningún supuesto, que la derivada de la libertad, el pluralismo y el laicismo de la Constitución de 1991.

⁴⁰ En efecto, como se cita en la sentencia T-391 de 2007: “*en la sentencia T-602 de 1995, la Corte se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta por un padre de familia que vivía en un sector contiguo a varios locales en los que se ejercía la prostitución y donde se generaban, a menudo, perturbaciones del orden público y la tranquilidad residencial, así como exhibiciones sexuales y actos de prostitución en la vía pública. La Corte, identificando la moralidad pública como un elemento del orden público, afirmó que en principio el Estado no puede sancionar a las personas que deciden optar por un oficio como la prostitución -por constituir una manifestación de su libertad personal-, pero que sí existe un título legítimo para limitar el ejercicio de estas actividades cuando puedan entrar en conflicto con otros derechos, particularmente con los derechos de los niños, que son prevalecientes. Así, explicó la Corte que [e]n el caso concreto de los menores, la defensa de la moral no es para el Estado social de Derecho cuestión accidental, sino sustancial. Por ello el artículo 44 de la Carta Política dispone que los niños deben ser protegidos contra toda forma de **violencia moral**; y, por otra parte, el artículo 67 superior señala que corresponde al Estado velar por la mejor **formación moral** de los educandos. así, la moral, sobre todo en el caso de los menores, aparece como objeto jurídico protegido”; y que “una de las formas de violencia moral que se ejerce contra los niños consiste en el escándalo público de que se les pueda hacer víctimas en el lugar donde residen, o en su vecindario, a través de actos como la exhibición pública de conductas obscenas, las riñas callejeras, la exteriorización de sentimientos o conductas agresivas a la vista de los menores, etc. El Estado tiene la obligación de prevenir y evitar que tales situaciones se presenten erigiéndose en atentado real o potencial contra el derecho fundamental de los menores a no ser agredidos física ni moralmente’. En consecuencia, resaltando que existen soluciones que permiten armonizar el ejercicio de la actividad en cuestión con los derechos con los que puede entrar en colisión –concretamente a través del establecimiento de zonas de tolerancia-, la Corte concluyó que en ese caso concreto el ejercicio de la prostitución estaba alterando las condiciones de vida dignas y tranquilas del barrio residencial del peticionario, en forma grave, directa e inminente, por lo cual existía una perturbación del orden público, que legitimaba la intervención de las autoridades en aras de preservar ese elemento de moralidad pública vinculado a la preservación de derechos e intereses constitucionales concretos y prevalecientes – en este caso, los de los menores de edad”.*

instruidos en escuelas especializadas y sujetos a reglas propias de disciplina”.

30. Igualmente se debe considerar que el Código Departamental de Policía y Convivencia Ciudadana del Valle del Cauca, Ordenanza 145 A de 2002, en su artículo 1° se establece que, *“las autoridades de Policía en el Departamento del Valle del Cauca están instituidas para regular la convivencia pacífica de los ciudadanos en lo que atañe al orden público interno y para proteger el legítimo ejercicio de los derechos, libertades y garantías con sujeción al ordenamiento jurídico”.* Por otra parte, en el artículo 4° señala que *“las actuaciones que realicen las autoridades de policía y las resoluciones que estas expidan, deben estar orientadas al cumplimiento de los fines esenciales del Estado y ceñirse a las normas legales vigentes”.*

31. El anterior recuento normativo pone de presente que las restricciones de carácter policivo a las libertades reconocidas para los individuos, se encuentran sometidas al régimen de garantías constitucionales según el cual: i) se debe asegurar la vigencia del principio *pro libertate*; ii) ante la necesidad de restricción procede el poder de policía en tanto manifestación del principio democrático representativo; iii) a su vez la función y la actividad de policía deberán sujetarse estrictamente al principio de legalidad; y por último, para el ejercicio de todas las señaladas competencias iv) la presencia insoslayable del principio de proporcionalidad, para asegurar que su concreción y aplicación, operen sólo en la medida en que resulte indispensable para hacer efectivos otros bienes constitucionales igualmente valiosos (art. 95-1, 22, 2° C.P.).

2.4.2.3. Competencia de las empresas de vigilancia y en su caso los regímenes de copropiedad de los centros comerciales para disponer de limitaciones a la libertad individual

32. Dos aspectos se deben tratar en este punto. La competencia de las empresas de vigilancia en la limitación de las libertades individuales (2.4.2.3.1.); la competencia de los regímenes de copropiedad (2.4.2.3.2.).

2.4.2.3.1. Competencias de las empresas de seguridad frente a las libertades individuales

33. El mismo Código Nacional de Policía en cita, contempla en el artículo 50 que el *“servicio remunerado de vigilancia en lugar público o abierto al público para proteger vida y bienes de número plural de personas sólo se podrá ofrecer previo permiso de la Dirección General de la Policía Nacional”.*

Esta última actividad, especialmente relevante a los efectos de atender el caso concreto, se encuentra ordenada por lo previsto en el Decreto 356 de 1994⁴¹.

⁴¹ Establece así el artículo 1° del Decreto 356 de 1994. *“Objeto. El presente decreto tiene por objeto establecer el estatuto para la prestación por particulares de servicio de vigilancia y seguridad privada”.*

34. Dispone a este respecto su **artículo 2º.- “Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada. Para efectos del presente Decreto, entiéndese por servicios de vigilancia y seguridad privada, las actividades de que en forma remunerada o en beneficio de una organización pública o privada, desarrollan las personas naturales o jurídicas, tendientes a prevenir o detener perturbaciones a la seguridad y tranquilidad individual en lo relacionado con la vida y los bienes propios o de terceros y la fabricación, instalación, comercialización y utilización de equipos para vigilancia y seguridad privada, blindajes y transporte con este mismo fin”**.

Sin embargo, en cuanto a la salvaguarda de los derechos de las personas que se encuentran en el ámbito de protección de los guardias de seguridad, este decreto señala en el artículo 73: **“Objetivo de la vigilancia y seguridad privada. La finalidad de los servicios de vigilancia y seguridad privada, en cualquiera de sus modalidades, es la de disminuir y prevenir las amenazas que afecten o puedan afectar la vida, la integridad personal o el tranquilo ejercicio de legítimos derechos sobre los bienes de las personas que reciben su protección, sin alterar o perturbar las condiciones para el ejercicio de los derechos libertades públicas de la ciudadanía y sin invadir la órbita de competencia reservada a las autoridades”** (resaltado fuera del original).

También, en el Artículo 74º del decreto en mención se señalan los principios, deberes y obligaciones que rigen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada. Al respecto precisa: **“Los servicios de vigilancia y seguridad privada deberán desarrollar sus funciones teniendo en cuenta los siguientes principios: 1. Acatar la Constitución, la Ley y la ética profesional. 2. Respetar los derechos fundamentales y libertades de la comunidad, absteniéndose de asumir conductas reservadas a la fuerza pública. 3. Actuar de manera que se fortalezca la confianza pública en los servicios que presta. (...)**”.

35. En línea con lo anterior, se aprecia en la reglamentación de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, donde al definir al vigilante o guarda de seguridad, establece con claridad que éste es **“la persona natural que en la prestación del servicio se le ha encomendado como labor proteger, custodiar, efectuar controles de identidad en el acceso o en el interior de inmuebles determinados y vigilar bienes muebles e inmuebles de cualquier naturaleza, de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado a fin de prevenir, detener, disminuir o disuadir los atentados o amenazas que puedan afectarlos en su seguridad”**⁴². Estos, en el ejercicio de sus labores, **“no pueden alterar o perturbar las condiciones para el ejercicio de los derechos y libertades públicas de la ciudadanía en general, ni invadir la órbita de competencia reservada a las Autoridades, sino en su lugar**

⁴² Manual de Doctrina de la Supervigilancia 2011. Pág. 114. Dicho manual recoge la evolución doctrinaria que ha emitido la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada a través de su Oficina Asesora Jurídica, convirtiéndose según lo manifiesta la propia entidad, en **“un referente de interpretación y medio de consulta de la línea conceptual sobre los asuntos relacionados con la prestación de los diferentes servicios de vigilancia y seguridad privada”**.

contribuir a la prevención del delito, reduciendo las oportunidades para la actividad criminal y desalentando la acción de los criminales, en colaboración con las Autoridades de la República. (Artículos 73 y 74 del Decreto Ley 356 de 1994)”⁴³.

36. Ahora bien, respecto a la actividad desarrollada por estas empresas, la jurisprudencia se ha manifestado en varias oportunidades sobre la constitucionalidad de las normas legales que las regulan, para señalar que las labores de vigilancia y seguridad constituyen un servicio público que puede ser prestado por particulares⁴⁴. En este orden, la Corte ha expresado que *“la seguridad como supuesto del orden, de la paz y del disfrute de los derechos, es un fin del Estado, al cual corresponde la misión que el inciso segundo del artículo 2o. de la Constitución impone a las autoridades de la república, y que por lo tanto constituye un servicio público primario inherente a la finalidad social del Estado, que como tal está sometido al régimen jurídico que fije la ley (inciso segundo del artículo 365 de la CP), y que puede ser prestado por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por los particulares, reservándose aquél en todo caso la competencia para regular, inspeccionar, controlar y vigilar su prestación”⁴⁵.*

También es preciso recordar que, de conformidad con el artículo 223 Constitucional, el Estado tiene el monopolio del uso de la fuerza, y los particulares sólo pueden poseer o portar armas con permiso de la autoridad competente, sin que esta autorización incluya la posibilidad de que los particulares tengan o porten de armas de guerra, o de uso exclusivo de la

⁴³ *Ibíd*, p. 116

⁴⁴ Al respecto, en la sentencias C-572 de 1997 y C-199 de 2001, se abordó el tema de la vigilancia y seguridad privada. En la primera, la Corte estudió una acción pública de inconstitucionalidad incoada por varios ciudadanos que demandaron solicitando la inexecutable de varios artículos del decreto 356 del 11 de febrero de 1994, "Por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada". En el mismo sentido, en la segunda, se estudio la constitucionalidad de los preceptos que autorizan que la función de inspección y vigilancia de los servicios de capacitación y entrenamiento de las escuelas de instrucción de vigilancia y seguridad privada se efectúe por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y no por las diferentes secretarías de educación.

⁴⁵ Sentencia C-760 de 2002, en la cual se analizó una acción pública de inconstitucionalidad en la que se solicita a la Corte declarar inexecutable el artículo 92 del Decreto Ley 356 de 1994 *“Por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad privada”*, por cuanto en el artículo demandado el Gobierno Nacional desbordó el límite material que le había señalado el legislador, vulnerando de esta forma la Constitución. Así mismo en la sentencia C-199 de 2001 resaltó y observó la importancia de la labor prestada por dichas empresas: *“A propósito de lo expresado, no sobra destacar que es la imposibilidad operativa para atender los requerimientos que en materia de vigilancia y seguridad formulan los miembros de la comunidad, lo que ha llevado al Estado a promover la participación de los particulares en la prestación del servicio de vigilancia. Ello, por supuesto, no constituye una abdicación del monopolio de la coerción material en cabeza del Estado, ni una forma de sustituir la función de la fuerza pública en su obligación constitucional de mantener el orden público interno y proteger los derechos ciudadanos, pues, como ya lo ha dicho la Corte, estas competencias, por entrañar intereses de carácter general e involucrar la estabilidad misma del Estado, son del todo indelegables. En realidad, fundado en el principio de solidaridad social y en los deberes ciudadanos de colaboración y participación en la vida política, cívica y comunitaria del país (C.P. arts. 1º y 96), lo que se pretende es promover la existencia de instituciones privadas que colaboren en la acción preventiva y disuasiva de posibles conductas delictivas que pueden llegar a afectar los derechos individuales, objetivos que deben cumplirse dentro de los parámetros y restricciones establecidos por la propia Carta y por la ley, y, como quedo dicho, bajo la vigilancia, supervisión y control de entidades públicas especializadas y técnicamente idóneas”*. (Subrayado fuera de texto)

Fuerza Pública⁴⁶. Por ello se ha precisado que *“ningún servicio de vigilancia privado puede desplazar o sustituir la actividad de defensa y seguridad desplegada por las fuerzas armadas del Estado. Por lo mismo, tales servicios de seguridad privados se adelantarán siempre en los términos del régimen legal vigente y dentro del pleno respeto a la Constitución”*⁴⁷.

37. De este sucinto recuento de la legislación y la jurisprudencia, se puede concluir que la actividad desempeñada por las empresas de vigilancia, debe reducirse a prestar la función de vigilar el comportamiento ciudadano del lugar donde se prestan sus servicios, pero sólo como forma de prevenir actos que atenten contra la vida, la integridad física, los bienes de los sujetos que se protegen y en su caso el delito. Así participan en la construcción de la seguridad y tranquilidad públicas, sin que en desarrollo de tales atribuciones puedan restringir los ámbitos de libertad reconocidos a los particulares o imponer las medidas correctivas que son competencia de las autoridades con función de policía o que ejercen actividad de policía propiamente dicha. Su ámbito de actuación, se ciñe al deber de vigilancia, esto es, a cuidar con atención los espacios públicos o privados que están a cargo de la empresa que presta el servicio.

Ciertamente y como ocurre con cualquier persona, podrán actuar en caso de flagrancia, para aprehender y conducir ante la autoridad judicial competente a quien fuere sorprendido en la comisión de un delito (art. 32 C.P.). Empero, no podrán administrar justicia por mano propia (art. 228 C.P.) y como servicio público prestado por particulares (art. 365 C.P.), deberán someterse al régimen que disponga la ley (art. 150, num. 23 C.P.), en cuanto a las medidas que pueden adelantar para cumplir con su finalidad específica, como colaboradores del Estado en la prestación del servicio de vigilancia y seguridad sobre sus bienes más preciados (arts. 2º, 11, 58 y 22 C.P.). Más sus actuaciones deben respetar la Constitución (art. 6º C.P.), en particular, en lo relacionado con los derechos y libertades fundamentales (art. 5º C.P.), cuya esfera de protección debe ser entendida a partir del principio de libertad (arts.

⁴⁶ Ver: sentencias C-572 de 1997, C-038 de 1995 y C-296 de 1995.

⁴⁷ Sentencia C-995 de 2004, en la cual la Corte estudia la acción pública instaurada contra unos preceptos que según la accionante *“desconocen la autonomía básica que tienen las personas para determinar quién puede cuidar sus bienes, al obligarlos a utilizar los servicios de vigilancia privada armada y uniformada que regulan los decretos. La definición legal deja por fuera la posibilidad de utilizar servicios que no cumplan con las características previstas en los decretos y somete a control de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad toda actividad dirigida a la protección de los bienes y de las personas”*. Del mismo modo, en sentencia C-123 de 2011 que estudia la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los preceptos del decreto-ley que permiten que únicamente las personas naturales y de nacionalidad colombiana puedan ser socios de una empresa de vigilancia y seguridad privada, la Corte precisa que en dicha regulación se establece el *“servicio de vigilancia y seguridad privada en el marco de la seguridad ciudadana, es decir, aquella que no está asociada a un conflicto armado”*. Con ello se enfatiza en que *“las empresas de vigilancia y seguridad privada no pueden ser concebidas como simples nichos empresariales, de mercado o de inversión. No. El servicio de seguridad presenta especificidades que exigen una lectura de estas empresas en clave constitucional ligada a la colaboración de los particulares en la actividad disuasiva de posibles conductas delictivas, con miras a la protección del orden público en la búsqueda de la armónica convivencia social y, en últimas, la realización de los fines esenciales del Estado (arts. 1 y 2 CP)”*.

6°, 16, 84, 333 C.P.) y cuyas afectaciones deben ser en todo caso proporcionales (arts. 1°, 13 C.P.).

2.4.2.3.2. Competencia de los regímenes de propiedad horizontal para limitar derechos

38. Sobre el régimen de las copropiedades para usos comerciales, éstas se someten a las normas comunes establecidas para la propiedad horizontal, pues en la ley 675 de 2001 no existe una regulación específica para las copropiedades que operan para uso comercial.

En ella se establece en su artículo 1°: *“OBJETO. La presente ley regula la forma especial de dominio, denominada propiedad horizontal, en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad”*.

39. La interpretación constitucional de este precepto se definió en la sentencia C-318 de 2002, para no excluir *“que los moradores no propietarios de inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal podrán ejercer ante las autoridades internas del mismo el derecho de petición, así como el de ser oídos en las decisiones que puedan afectarlos, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia”*. Igualmente se declaró su constitucionalidad condicionada, en ese caso, bajo el entendido de que *“la imposición de sanciones por parte de las autoridades internas del inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, habrá de respetarse y garantizarse a los no propietarios el ejercicio del derecho de defensa”*.

Con base en esta misma interpretación se determinó el alcance del artículo 3° al definir el Reglamento de Propiedad Horizontal como el *“Estatuto que regula los derechos y obligaciones específicas de los copropietarios de un edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal”*, para incluir también los moradores no propietarios en la defensa de sus derechos, ante las decisiones de la copropiedad que puedan afectarlos. Igualmente al reconocer con respecto al artículo 59, que las sanciones que se puedan imponer por las autoridades internas de las copropiedades a tenedores o terceros que incumplan normas del reglamento de propiedad horizontal de carácter no pecuniario, deberán estar precedidas del debido proceso y el derecho de petición a favor de aquellos.

40. En adición a lo anterior, resulta también destacable que en el artículo 2° se reconocen como *“principios orientadores de la ley”*, los siguientes:

“1. Función social y ecológica de la propiedad. Los reglamentos de propiedad horizontal deberán respetar la función social y ecológica de la propiedad, y por ende, deberán ajustarse a lo dispuesto en la normatividad urbanística vigente.

2. *Convivencia pacífica y solidaridad social.* Los reglamentos de propiedad horizontal deberán propender al establecimiento de relaciones pacíficas de cooperación y solidaridad social entre los copropietarios o tenedores.

3. *Respeto de la dignidad humana.* El respeto de la dignidad humana debe inspirar las actuaciones de los integrantes de los órganos de administración de la copropiedad, así como las de los copropietarios para el ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la ley.

4. *Libre iniciativa empresarial.* Atendiendo las disposiciones urbanísticas vigentes, los reglamentos de propiedad horizontal de los edificios o conjuntos de uso comercial o mixto, así como los integrantes de los órganos de administración correspondientes, deberán respetar el desarrollo de la libre iniciativa privada dentro de los límites del bien común.

5. *Derecho al debido proceso.* Las actuaciones de la asamblea o del consejo de administración, tendientes a la imposición de sanciones por incumplimiento de obligaciones no pecuniarias, deberán consultar el debido proceso, el derecho de defensa, contradicción e impugnación”.

Es decir que hace parte de la configuración de la propiedad horizontal también para el caso de usos comerciales, el respetar los derechos económicos de los propietarios y comerciantes o empresarios, pero también las garantías mínimas para todos los sujetos interesados y que puedan verse afectados por sus decisiones.

41. A esta conclusión se llega también, conforme lo establecido en el artículo 5° de la ley 675 de 2001, cuando se establece sobre el contenido del reglamento de copropiedad, en su párrafo 1° que “*En ningún caso las disposiciones contenidas en los reglamentos de propiedad horizontal podrán vulnerar las normas imperativas contenidas en esta ley y, en tal caso, se entenderán no escritas*”. Y luego en el párrafo 3° del mismo artículo cuando establece que “*Los reglamentos de propiedad horizontal de los edificios o conjuntos de uso comercial podrán consagrar, además del contenido mínimo previsto en esta ley, regulaciones tendientes a preservar el ejercicio efectivo y continuo de la actividad mercantil en los bienes privados, y a propender a su ubicación según el uso específico o sectorial al cual se encuentren destinados, así como las obligaciones específicas de los propietarios en relación con sus bienes privados*”.

En esa medida, el reglamento de propiedad horizontal, esencial fuente para la ordenación de los asuntos de la copropiedad, debe concebirse dentro de la legalidad propia del Estado de derecho constitucional⁴⁸. Y no obstante contar

⁴⁸ Vid. al respecto, sentencia T-555 de 2003 donde para definir los alcances de una decisión adoptada por un centro comercial de obligar a los propietarios o arrendatarios a abrir sus locales los días domingo, en primer lugar reconoce el carácter vinculante del reglamento de copropiedad y demás decisiones adoptadas por la asamblea general, como órgano de administración y dirección de la unidad residencial o del centro comercial, las cuales deben ser acatadas por todos los propietarios, inclusive para los ausentes o disidentes, el administrador y los demás órganos, y en lo pertinente los usuarios y ocupantes del edificio, conjunto residencial o centro comercial. Lo

con la facultad de regular con cierta autonomía los derechos e intereses de la copropiedad, los reglamentos y el ejercicio de las atribuciones legales que se confieren a los órganos de la copropiedad, no pueden negar derechos de terceros. Esto es, los terceros que transitan, visitan el centro para desarrollar alguna actividad no relacionada con el régimen de copropiedad.

42. Así, son los derechos de propiedad, el *animus lucri faciendi*, la libertad y el derecho al trabajo (arts. 58, 333, 25 y 26 C.P.) de quienes participan en la actividad comercial y los derechos y libertades de los visitantes (arts. 11-39 C.P.), los que en conjunto articulan la pieza singular de la realidad social, humana y urbana de los centros comerciales. Con más razones cuando, aparte de su función comercial, este tipo de superficies por la forma como se desarrollan las urbes, están llamadas a asumir unas responsabilidades consistentes con el significado que en términos de espacio privado pero a la vez público, representan para los ciudadanos e individuos, como entornos comunes para el ejercicio de derechos de toda índole, incluidos naturalmente los derechos fundamentales⁴⁹.

43. Pasa ahora la Sala a estudiar el segundo elemento sustancial relevante para atender los problemas jurídicos del caso.

2.5. La igualdad en la Constitución y en particular, la prohibición de la discriminación. Reiteración de la jurisprudencia

44. El último ingrediente conceptual que debe ser revisado para resolver los interrogantes del caso, es el relacionado con la igualdad y la prohibición de la discriminación. A tales efectos, primero la Sala retomará brevemente el significado que en la Constitución posee la noción de igualdad (2.5.1), para luego desarrollar el estudio sobre la prohibición de discriminación. (2.5.2.) y concluir finalmente con la prohibición de discriminación con motivo de la orientación sexual diversa (2.5.3.).

2.5.1. La noción de igualdad en la Constitución. Reiteración de la jurisprudencia

45. Reconocida como principio, derecho fundamental y garantía, la jurisprudencia constitucional ha visto en la igualdad y la no discriminación una pieza básica del entendimiento del Derecho y de los derechos.

46. De modo sucinto, entre las reglas y subreglas que sobre la igualdad y la no discriminación esta Corte ha trazado según la Constitución⁵⁰ y el Derecho internacional de los derechos humanos que vincula a Colombia⁵¹, es necesario

anterior, empero, sin desconocer los ámbitos fundamentales de los derechos, como ocurrió en ese caso, con relación a la libertad negativa que también hace parte de la libertad de empresa.

⁴⁹ Vid. Stephen Carr *et. al. Public Space*. Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

⁵⁰ Artículos 1º, 5º, 13, título II-cap. II, 334, 350, 367, entre otros.

⁵¹ Así aparece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 2), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (artículo 1), la Carta de las Naciones Unidas (artículo 55.c), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), el

destacar las siguientes: Como regla general, la legalidad en el Estado constitucional (derechos, responsabilidades, obligaciones) debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos a quienes se dirige, **igualdad formal o ante la ley**⁵², salvo que existan razones que justifiquen y hagan legítimas normas diferentes, fundadas en las condiciones especiales del sujeto que hacen inoperante o ilegítima la norma general e imponen el trato jurídico y material diferenciado. En ese mismo sentido, las facultades, prerrogativas, prestaciones y habilitaciones que nutren de contenido los derechos, deben ser reconocidas a todos los **sujetos que puedan entenderse como titulares de los mismos**, así existan diferencias entre ellos⁵³. En lo demás, cuando los sujetos son diferenciables y no resulta legítima la misma norma de derecho, se hace imperativa la aplicación de un razonamiento inverso, de una regla que distinga e incorpore las garantías que demanda la diferenciación, como forma de hacer efectiva la igualdad material⁵⁴.

47. Adicionalmente están **prohibidas** las discriminaciones, pues en ellas hay implícito un trato distinto no justificado, que arroja consecuencias adversas para los sujetos afectados por las normas que las crean, sin que sus calidades y condiciones los obliguen a soportar tal desprotección⁵⁵.

Y ante la diversidad de enfoques de igualdad, será necesario que el operador jurídico, en particular el juez, realice **escrutinios con diferentes grados de intensidad** (estricto, intermedio y leve), dependiendo de la naturaleza de la medida por analizar (regulación general, discriminaciones positivas, discriminaciones negativas basadas en **criterios sospechosos**), en los que se

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1 y 2.2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 7), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo). También aparece en la Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1º) y Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 2º y 28-1), en la Carta de Naciones Unidas (artículo 1º: principio de igualdad de derechos y de igualdad soberana).

⁵² Vid. entre muchas sentencias C-221 de 1992, T-401 de 1992, T-409 de 1992, T-410 de 1992, T-420 de 1992, T-422 de 1992, T-432 de 1992, C-472 de 1992, C-588 de 1992, C-511 de 1992, C-514 de 1992, T-524 de 1992, C-013 de 1993, T-122 de 1993, T-187 de 1993, T-238 de 1993, T-399 de 1993, T-441 de 1993, SU 458 de 1993, T-510 de 1993, T-079 de 1994, T-209 de 1994, T-379 de 1994, T-037 de 1995, T-644 de 1998, T-670 de 1999, C-613 de 1996, C-1376 de 2000, C-836 de 2001, C-088 de 2001, C-1047 de 2001, C-507 de 2004, C-154 de 2002, C-806 de 2002, C-507 de 2004, T-1023 de 2006.

⁵³ Vid. vrg., sentencias T-267 de 2010, T-247 de 2010, C-431 de 2010, C-121 de 2010, C-242 de 2009, T-1248 de 2008, T-1248 de 2008, T-1105 de 2008, C-540 de 2008, T-889 de 2007, C-989 de 2006, C-928 de 2006, C-534 de 2005, C-1176 de 2005, T-468 de 2003, T-461 de 2003, SU 975 de 2003, C-913 de 2003, T-772 de 2002, T-114 de 2002, C-673 de 2001, T-1752 de 2000, C-113 de 2000, C-106 de 1995, T-230 de 1994.

⁵⁴ Por ejemplo, sentencias T-441 de 1992, C-546 de 1992, T-567 de 1992, T-432 de 1992, C-013 de 1993, T-510 de 1993, T-643 de 1998, C-681 de 2003, C-1064 de 2001, C-1107 de 2001, C-836 de 2001, C-247 de 2001, C-566 de 2003, C-796 de 2004, C-180 de 2005, C-044 de 2004, C-242 de 2006, C-540 de 2008, C-932 de 2007, T-1248 de 2008, T-262 de 2009.

⁵⁵ Vid. entre otras, sentencias C-075 de 2007, T-769 de 2007, T-884 de 2006, T-288 de 2003, T-492 de 2003, C-862 de 2008, T-516 de 1998, C-042 de 2003, T-1258 de 2008, C-534 de 2005, T-948 de 2008, T-905 de 2005, T-753 de 2009, C-065 de 2005.

valore el fin perseguido y se establezca la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida⁵⁶.

2.5.2. La discriminación. Reiteración de la jurisprudencia

48. En consonancia con los criterios reconocidos por la cultura jurídica del pluralismo⁵⁷, la jurisprudencia constitucional ha definido la discriminación desde sus *fundamentos irrazonables*, sus *consecuencias*, su *pretensión*, su *configuración* (normativa o fáctica) y también desde su *falta de soporte en el Derecho* y su total *contradicción con él*.

49. Así, la discriminación se ha entendido como *un acto arbitrario o conducta dirigidos a perjudicar o a anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales o personales*⁵⁸, *“por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el*

⁵⁶ Vid. vrg. sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, T-798 de 2008, T-978 de 2008, C-029 de 2009, T-839 de 2009, T-340 de 2010, T-629 de 2010, T-876 de 2010.

⁵⁷ Fundada en primer lugar en lo previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁵⁷ y particularmente su artículo segundo cuando establece: “*Artículo 2°.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”. También en lo establecido en el Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de Septiembre de 1966, entrado en vigencia el 23 de marzo 1976, cuando dispone que: “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*” Además, en lo establecido en el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966, entrado en vigencia el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27, cuando dispone que: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. En consonancia con lo anterior, las Comisiones de Derechos Humanos de Naciones Unidas encargadas de velar por el cumplimiento de los pactos PIDCP y PIDESC, han dicho en sendas observaciones que: “*La discriminación se entiende como “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 tenga 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*”. Vid. Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 18 (no discriminación), 10 de noviembre de 1989, párr. 7, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 42 período de sesiones, mayo de 2009, Observación General No. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, Párr. 7. A su vez, en la sentencia T- 140 de 2009, se observa que en el Convenio No 111 de la OIT se dijo que la discriminación era “*cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o del trato en el empleo y la ocupación*”. Igualmente en el artículo 1.1. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial se dijo que la discriminación, era “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*”.

⁵⁸ Vid. en especial, sentencias c-T-1098 de 1994 y T-140 de 2009.

sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (...).⁵⁹. O también, “*el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada (...) siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona*”⁶⁰.

50. En desarrollo de lo anterior, ha observado también la Corte, que para reconocer las discriminaciones negativas o desmejoras a que se alude entre unos sujetos respecto de otros, las medidas en cuestión deben: i) estar fundadas en criterios considerados como **sospechosos** (sexo, género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, orientación sexual) y ii) **no estar justificadas** plenamente como medidas que buscan alcanzar lo dicho, un fin imperioso que imponga la diferenciación, en el grado e intensidad más adecuados para lograr el resultado que se espera. Adicionalmente, iii) se debe **producir un efectivo trato desigual** en contra de una persona o colectividad⁶¹ y (iv) se debe configurar un **perjuicio**.

51. Este **carácter sospechoso**, por su parte, i) ocurre con “*aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior*”; ii) representa las diferenciaciones que se fundan “*en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad*”; (iii) también se ha dicho que “*afecta a personas que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas*”, o visto desde otra perspectiva, “*que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta y en esa medida, son grupos marginados o sujetos que gozan de especial protección constitucional*”; (iv) “*desconocen prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental*”; (v) “*incorporan -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población*”; y, (vi) “*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*”⁶².

⁵⁹ En sentencia T-1090 de 2005 la Corte indicó que comporta una diferenciación ilegítima aquella 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*”.

⁶⁰ En la sentencia T-1090 de 2005 se atendió el caso de la negativa de una discoteca a admitir dos jóvenes por ser pertenecientes a la comunidad afro-descendiente, y en la que a su vez se retomó lo dicho en la sentencia T-098 de 1994, en la que se hizo un análisis de si era objetivo y razonable el trato desigual otorgado a hombres y mujeres pensionados por la entidad accionada.

⁶¹ Por ejemplo, en la sentencia T- 314 de 2011, pese a que la accionante denuncia que por ser transgenerista le fue negado el ingreso a unos eventos abiertos al público, la Corte estimó que no se cumplieron los requisitos acá señalados, puesto que la negativa de ingreso a los eventos no se basó en el uso un criterio sospechoso, sino dada la agresividad que tuvo con el personal que verificaba el ingreso.

⁶² Vid. sentencias C-410 de 1994 y la sentencia C-111 de 2006. Vid también, C-481 de 1998, T-098 de 1994, C-112 del 2000 y C-371 de 2000, entre otras. En esta última, se definió esta

52. Con relación a las **formas que puede adoptar la discriminación**, se ha dicho que, gracias al carácter abierto del artículo 13 de la Constitución, es posible actualizar y ampliar el ámbito de protección de los derechos fundamentales y por tanto no se establece un límite o una lista taxativa de los criterios sospechosos o de las categorías prohibidas de clasificación⁶³. Al respecto se puntualizó en la sentencia C-481 de 1998 que *“no son en principio admisibles diferenciaciones fundadas en un rasgo inmutable de la constitución física o psicológica de una persona,⁶⁴ o cuando se constata que tradicionalmente ha sido utilizada para estigmatizar a un cierto grupo de individuos,⁶⁵ o cuando no se relaciona en forma alguna con las habilidades o méritos de una persona para desarrollar cierta labor⁶⁶ o cuando el grupo que resulta afectado por ella carece de poder político⁶⁷”*⁶⁸.

proposición de la siguiente manera, siguiendo la sentencia C-481 de 1998: *“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 (...)*”. Resaltado sobrepuesto.

⁶³ De manera semejante desde el sistema universal de protección de los derechos humanos, la observación General Núm.18 relativa a la *“No discriminación”*, del entonces Comité de Derechos Humanos (37º período de sesiones. 10 de noviembre 1989), que recordó a los Estados Parte, en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de dijo lo siguiente: *“7. Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”*.

⁶⁴ Se cita en la sentencia C-481 de 1998, entre otros, el caso *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). En este asunto, un ciudadano estadounidense de ascendencia japonesa, fue condenado por un tribunal federal de distrito para permanecer en San Leandro, California, una "Zona Militar", a fin de mantenerlo temporalmente separado de la costa oeste debido a la guerra en la que se encontraba EEUU con Japón. Al respecto, se dijo: *“Cabe señalar, en primer lugar, que todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto no quiere decir que todas esas restricciones son inconstitucionales. Es decir que los tribunales deben someterlos al escrutinio más rígido. Al pulsar la necesidad pública a veces puede justificar la existencia de tales restricciones, antagonismo racial nunca”*; vid. también *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), esto es, el fallo histórico de la Corte Suprema de los Estados Unidos dictado el 17 de mayo de 1954, en el cual se declaró que las leyes del Estado que establecían escuelas separadas para estudiantes de raza negra y blanca negaban la igualdad de oportunidades educativas.

⁶⁵ *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976). Fue el caso de un policía retirado de sus labores por tener 50 años de edad, puesto que se consideraba que a esa edad no tenía las condiciones físicas requeridas para proteger el interés público. La Corte entonces consideró que se debía llevar a cabo un escrutinio judicial estricto por tratarse de un acto discriminatorio en razón de la edad y concluyó que la ley era válida.

⁶⁶ *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985). Este caso, envolvía un supuesto de discriminación por discapacidad cognitiva, y la Corte se pronunció afirmando que ese era un criterio sospechoso

⁶⁷ *San Antonio Independent School District v. Rodríguez*, 411 U.S. 1 (1973).

⁶⁸ En la sentencia C-481 de 1998, se estudia la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto 2277 de 1979, que consagra como causal de mala conducta “el homosexualismo”. Este precepto fue declarado inexecutable.

53. En fin, es un **elemento distintivo** de la configuración normativa de la discriminación el aparecer como una diferencia de trato arbitraria, directa o indirecta cuyo origen es una norma jurídica, un comportamiento o una práctica.

La discriminación **directa**, ha dicho la Corte constitucional⁶⁹, “*se presenta cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, opiniones personales, (...) de manera tal que está proscrita en general, toda diferenciación arbitraria por cualquier razón o condición social*”⁷⁰. Por su parte la **indirecta** ocurre, “*cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación*”⁷¹. Esta modalidad, en fin, se compone de dos criterios: Primero, la existencia de una medida o una práctica que se aplica a todos de manera aparentemente **neutra**. Segundo, la medida o la práctica pone en una situación **desaventajada** un grupo de personas protegido. Es el segundo criterio de la discriminación indirecta el que difiere de la discriminación directa: el análisis de la discriminación no se focaliza sobre la existencia de un trato diferencial sino sobre los efectos diferenciales.

54. Ahora bien, ante las discriminaciones negativas establecidas con criterios sospechosos, se emplea el mencionado **escrutinio judicial estricto**⁷², conforme al cual se debe demostrar que la actuación y las reglas dispuestas, a pesar de generar un efecto adverso en un grupo marginado o discriminado, obedece i) a una finalidad imperiosa, ii) es necesaria para lograr dicha finalidad y iii) es proporcionada, en el sentido de no sacrificar en exceso otros intereses constitucionalmente específicos en aras de promover la finalidad.

⁶⁹ En la sentencia T-140 de 2009, en la que correspondió a la Corte Constitucional determinar si la entidad accionada, vulneró o amenazó los derechos fundamentales de un recién nacido, al negarse a reconocer al menor como un usuario del plan de medicina prepagada de esa empresa, en calidad de beneficiario del contrato celebrado por la madre con esa entidad, invocando para el efecto la existencia de preexistencias cardíacas y el padecimiento por parte del recién nacido de Síndrome de Down.

⁷⁰ Así aparece consignado en el art. 26 PIDCP, ya transcrito. También la sentencia C-112 de 2000 aborda el tema de los criterios sospechosos, en esta se estudia la acción de inconstitucionalidad contra un precepto que ordena que el matrimonio civil se celebre ante el juez de la vecindad de la mujer. Al respecto dijo la Corte que, “*es obvio que la ley está utilizando el sexo como criterio de diferenciación*”, es decir, un criterio sospechoso. Por esto declaró inexecutable la expresión “*de la mujer*”.

⁷¹ En la sentencia T-140 de 2009 se dijo al respecto: “*una distinción indebida en el acceso a un derecho o beneficio complementario o adicional en salud, derivado de una actividad perteneciente a un servicio público a cargo del Estado, materia además de su control y vigilancia de la Administración, puede significar una discriminación indirecta contra sectores de la sociedad en debilidad manifiesta*”.

⁷² Ver también sentencias C-275 de 1999 y C-371 de 2000; C-401 y C-964 de 2003, C-667 de 2006; C-075 de 2007.

Y esto significa que con referencia a grupos marginados o discriminados, no está proscrita de la Constitución cualquier medida que genere un impacto adverso o diferenciador con los mismos. Lo que ocurre es que los operadores jurídicos deben justificar las medidas discriminatorias que adoptan⁷³. Pues como se admite en general y en determinados casos puede ocurrir con este tipo de sujetos de derechos, en la ponderación política y jurídica propia del Estado constitucional, es posible que el legislador pueda concebir legítimamente desigualdades aún a su respecto. Mas ellas, en razón de la intensidad en el juicio que se impone por la materia de que trata, deben estar siempre justificadas y ser suficientemente idóneas, necesarias y ponderadas.

55. Las restricciones, por ejemplo, al artículo 16 de la CP, *“para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, (...) De allí el nexo profundo que existe entre el reconocimiento del pluralismo (CP art. 7º) y el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16º), ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana⁷⁴, frente a las cuales el Estado debe ser neutral (...) pues esta norma no establece que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa disposición señala ‘que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional’⁷⁵”⁷⁶.*

56. Con relación a los sujetos a quienes vincula el mandato de no discriminación, el test integrado referido es una pieza de análisis que suele formularse en especial con respecto del legislador⁷⁷. Con todo, cabe también

⁷³ En el mismo sentido, en la sentencia C-106 de 2004 al estudiar la constitucionalidad de unas normas del Código Nacional de Tránsito, donde la Corte consideró que pueden presentarse tratamientos diferentes entre personas; sin embargo, para que estos tratos sean considerados constitucionales, deben apoyarse en “razones constitucionalmente válidas”, pues de lo contrario se convierte en un acto discriminatorio. Lo anterior ha sido reiterado además en las sentencias T-131 de 2006, T-152 de 2007, T-393 de 2004, T-117 de 2003.

⁷⁴ Sentencia C-309 de 1997.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ La Corte en sentencia C-481 de 1998, explicó la difícil situación que afrontan las personas homosexuales en razón de su orientación sexual. *“Durante mucho tiempo, los homosexuales han estado sujetos a formas muy intensas de marginación y de exclusión social y política, no sólo en nuestro país sino también en muchas otras sociedades. Así, no sólo los comportamientos homosexuales han sido y siguen siendo penalizados por diversos ordenamientos jurídicos sino que, además, en la vida cotidiana, las personas con esta preferencia erótica han sido excluidas de múltiples beneficios sociales y han debido soportar muy fuertes formas de estigmatización social, las cuales incluso han llegado, en los casos más extremos, a legitimar campañas de exterminio contra estas poblaciones”* (resaltado fuera del original).

⁷⁷ Sobre el particular, se dijo en sentencia C-111 de 2006, que cuando se trata de analizar medidas legislativas, deberá efectuarse un control riguroso de constitucionalidad, cuando la norma impugnada incorpore una clasificación sospechosa, afecte a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial

considerar su impacto respecto de los otros componentes del Estado como la administración y los jueces, así como frente a los particulares, por supuesto en el marco de sus competencias y facultades.

57. Frente a la Administración, “*le corresponde demostrar que a pesar de la afectación desproporcionada para un grupo marginado, la medida, programa o política responde a condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, y que la misma ha venido acompañada por otras acciones dirigidas a contrarrestar el efecto adverso que ha podido generar en un grupo marginado o discriminado*”⁷⁸.

Respecto a los jueces, en el desarrollo de los procesos y en la aplicación del Derecho, les corresponde proteger el valor, el principio y el derecho fundamental a la igualdad, como parte de las garantías del debido proceso (art. 29 CP) y también del derecho de acceso a la justicia (art. 229 CP). O sea, igualdad ante la ley, igualdad en el respeto a las formas procesales, pero también en la prevalencia del derecho sustancial, igualdad ante las diferentes ideas de justicia que admite y reclama el Estado social constitucional.

Y en lo que se refiere a los particulares, en especial las personas jurídicas y las empresas privadas, también son responsables de la aplicación de la igualdad y de la prohibición de someter a discriminaciones con todas sus garantías adicionales, pues así se desprende del hecho de que con el ejercicio de su autonomía y la disposición de sus asuntos propios, también reglan, acotan o en su caso afectan los derechos fundamentales y legales de otros individuos.

Esto, junto con el carácter vinculante del principio de igualdad y no discriminación frente a particulares, que determina que, ante la existencia de personas y grupos históricamente discriminados o ubicados en condiciones de inferioridad, se activa el mandato de intervención del Estado. Así resulta patente el deber de concebir normas y propiciar situaciones en las que se procure una igualdad de carácter *remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo*⁷⁹. Se trata de generar el impulso de **acciones positivas, que procuren esas dimensiones de igualdad y desigualdad necesarias en el sistema constitucional**, para que tanto poderes públicos como ciudadanos participen en la “*transformación del modelo de sociedad existente en otro ideal, más propicio a la satisfacción de las aspiraciones humanas en sus múltiples facetas*”⁸⁰.

58. Es decir, que el Estado y también los particulares, todos ellos, en sus diferentes regímenes de ordenación o de libertad, deben velar por cumplir con los mandatos y prohibiciones relacionadas con la igualdad constitucional y con las desigualdades protegibles y también las intolerables.

protección constitucional, desconozca el goce de un derecho constitucional fundamental; o incorpore -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población.

⁷⁸ Vid. Sentencia T-291 de 2009.

⁷⁹ Sentencia C-410 de 1994.

⁸⁰ Sentencia C-952 de 2000, reiterada por la T-291 de 2009.

2.5.3. La orientación sexual diversa, como diferencia digna de respeto y protección

59. Como desarrollo específico de la anterior dogmática constitucional de la no discriminación, la protección o no de la homosexualidad en sus manifestaciones individuales y sociales, ha sido y sigue siendo materia de intenso debate político y social. Esta discusión empero, no puede incluir como materia disponible, el hecho mismo de la homosexualidad, el lesbianismo o alguna de las otras direcciones que puede tomar la personalidad sexual⁸¹. Porque tal medida i) no tiene ningún soporte normativo ni racional; ii) porque vulnera los derechos de libertad, dignidad e intimidad.

60. En efecto, a la luz del principio del pluralismo y de la prohibición de la discriminación (arts. 1º y 13 CP), la orientación sexual es reconocida como parte esencial e indisoluble a la personalidad⁸², sea esta común, o sea diversa. Y algo esencial e indisoluble a la persona, no puede ser perseguido, señalado, discriminado⁸³. Como ha dicho la jurisprudencia constitucional, “*No hay título jurídico que permita discriminar por la orientación sexual diversa*”⁸⁴, o, de manera más abierta, “*no existe razón justificativa para someter a las parejas del mismo sexo a un régimen incompatible con su opción de vida*”⁸⁵ ni lo puede haber como expresión de un Estado constitucional y respetuoso de la libertad y la dignidad humanas⁸⁶.

⁸¹ Así por ejemplo en el caso de la sentencia T-097 de 1994, en el cual un estudiante de una escuela militar fue objeto de una sanción por efectuar “*actos de homosexualismo*”, la Corte dijo abiertamente que el “*homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable*”. También, en la sentencia T-539 de 1994, en la cual se demandó al Consejo Nacional de Televisión por negarse a presentar el comercial denominado “**Sida-referencia-Beso-duración 40**”, en el cual aparecen dos hombres que se besan y luego se alejan caminando, abrazados, por la Plaza de Bolívar de Bogotá; la Corte afirmó lo siguiente: “*Los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual*”.

⁸² La “*orientación sexual*” ha sido definida como la atracción exteriorizada por un individuo, sea un comportamiento, habitual o puntual, afectivo o sexual, con una persona del sexo opuesto (orientación sexual heterosexual), del mismo sexo (orientación sexual homosexual), o con personas de los dos sexos (orientación sexual bisexual). Vid. Robert WINTEMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights. The United State Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Clarendon Press, 1997. Pág 6-10.

⁸³ Se dijo en la sentencia T-301 de 2004, relacionada con la tutela interpuesta con ocasión de la medida adoptada por la policía de Santa Marta, de prohibir en determinado lugar de la ciudad la presencia de personas de orientación sexual diversa, lo siguiente: “*la opción sexual de una persona constituye un elemento definitorio de su identidad y un componente fundamental de la autonomía individual que le permite planear y desplegar el propio plan de vida sin compulsiones externas*”.

⁸⁴ Sentencia T-539 de 1993.

⁸⁵ Sentencia C-811 de 2007, caso en el cual se declaró la constitucionalidad condicionada del precepto de la ley 100 de 1993, que permite incluir en el régimen contributivo al compañero permanente como beneficiario, en el entendido de que se podría incluir también a la pareja del mismo sexo.

⁸⁶ Así en sentencia T-301 de 2004, que a su vez retoma lo dicho en la T-101 de 1998, asunto este último originado en la solicitud de protección de los derechos fundamentales a la educación y al libre desarrollo de la personalidad, vulnerados a un par de estudiantes por el Rector y el Consejo Directivo de un Instituto educativo, quienes les negaron los cupos para continuar estudiando, por su condición de homosexuales. Al respecto se observó: “*la Corte indicó que las consideraciones para dar un trato diferente y para excluir del goce efectivo de ciertos derechos a algunos ciudadanos cuyo contenido sea la condición sexual de los mismos, ponen en cuestión los principios básicos del*

61. Sobre las carencias de mandato expreso de protección se observa, que en efecto en el derecho constitucional colombiano no se ha previsto la protección concreta y específica a favor de las personas de orientación sexual diversa. Porque distinto a lo que empieza a divisarse en el derecho nacional⁸⁷ y supra-regional comparados⁸⁸, en el derecho internacional⁸⁹ y regional⁹⁰ de los derechos humanos, ciertamente ni en la Constitución ni en tratados vinculantes al Estado colombiano, establecen una protección concreta para la orientación sexual diversa como criterio sospechoso de discriminación.

Estado social de derecho y violan los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad. La valoración individual de un sujeto respecto de la normalidad o no de ciertas expresiones de la autonomía sexual, está constitucionalmente proscrita como razón admisible para otorgar un trato discriminatorio a estos ciudadanos”.

⁸⁷ La Constitución política del Ecuador, en su artículo 23 párrafo 3, reconoce la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación: “*La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, **orientación sexual**; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.*” (resaltado fuera del texto). En el derecho mexicano, la Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación dispone en su artículo 4º: “*Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, **preferencias sexuales**, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.*” (resaltado fuera del texto).

⁸⁸ En el derecho francés por ejemplo, la primera aparición del concepto “orientación sexual” en el ordenamiento jurídico coincide con la transposición en el derecho interno de las directivas comunitarias precitadas. En efecto, la ley n° 2001-1066 del 16 de Noviembre de 2001 relativa a la lucha contra la discriminación, incluye por primera vez la orientación sexual como motivo prohibido de discriminación en el Código Penal (artículos 225-1 y siguientes) y en el Código Laboral (artículo L. 122-45 ahora artículo L. 1132-1 del mismo Código). Dentro de la Unión Europea, el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, otorga a la Unión poderes específicos para luchar contra la discriminación. En virtud de este mandato, el Consejo aprobó dos Directivas: Directiva del Consejo 2000/43/EC del 29 de junio del 2000 que pone en práctica el principio de trato igual entre las personas sin consideración de su origen racial o étnico (la “Directiva Racial”) y la Directiva del Consejo 2000/78/EC, que establece el marco general para el trato igualitario en el trabajo y la ocupación (la “Directiva del Marco General”).

⁸⁹ En el sistema universal de protección de derechos humanos, con respecto a la homosexualidad, sólo hasta 2008 se produce en el seno de la Asamblea de Naciones Unidas, la Declaración de la ONU sobre orientación sexual e identidad de género. En ella se plantea el compromiso de las naciones firmantes por prevenir y excluir las discriminaciones basadas en la orientación sexual diversa. Los siguientes Estados han suscrito la declaración: Cabo Verde, República Centroafricana, Gabón, Guinea-Bissau, Mauricio, Santo Tomé y Príncipe, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Armenia, Georgia, Israel, Japón, Nepal, Timor Oriental, Albania, Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, República de Macedonia, Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda.

⁹⁰ En el sistema regional americano, en los últimos años, la Organización de Estados Americanos también ha producido tres resoluciones contentivas de las declaraciones de los Estados (Resolución 2600 de 2010, Resolución 2435 de 2008 y Resolución 2504 de 2009) tituladas “*Derechos humanos, Orientación sexual e Identidad de género*”, con las que se condenan los actos de violencia y violaciones de derechos humanos cometidos contra las personas, por razón de su orientación sexual e identidad de género, pero además se insta a los Estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para combatir las violaciones por orientación sexual e identidad de género, garantizando el pleno acceso a la justicia para sus víctimas.

62. Ha sido empero la interpretación ofrecida por los órganos del sistema universal y regional encargados de definir el alcance de los tratados en general⁹¹ o para los casos concretos⁹², la que ha determinado que el trato desigual negativo fundado en esta causa, no tiene soporte en los tratados y al contrario, vulnera los contenidos de los derechos de libertad, igualdad y no discriminación que en ellos se reconocen.

Y en el derecho interno, conforme lo establecido en la Constitución y en el propio Derecho internacional de los derechos humanos vinculante para el Estado, en diversos pronunciamientos la Corte Constitucional ha garantizado el derecho individual a la libre opción sexual. En todos ellos, implícitamente, se ha venido a destacar el muy valioso y cada vez más escaso componente de la individualidad pura, pues de él, sin duda, hacen parte las opciones y

⁹¹ A su vez, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, estableció recientemente (Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, 2 de Julio de 2009, Observación general n° 20 *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, párrafo 32.) que la orientación sexual es un motivo implícito de discriminación comprendido en la categoría de “*cualquier otra condición social*”: “*En ‘cualquier otra condición social’, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto [PIDESC], se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto (...)*”.

⁹² Así en el Caso de Toonen v. Australia de 1994, donde *Nicolas Toonen* milita por la promoción de los derechos de los homosexuales en Tasmania, uno de los seis Estados que constituyen Australia y para tales efectos impugna dos disposiciones del Código Penal de Tasmania, los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123, por los que se consideran delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres, incluida cualquier forma de contacto sexual entre hombres homosexuales adultos, con su consentimiento y en privado. El Comité de DD.HH. de las Naciones Unidas mediante Comunicación No. 488/1992: Australia. 04/04/1994. CCPR/C/50/D/488/1992, dictaminó que la palabra “*sexo*” incluye la “*inclinación sexual*” (párrafo 8.7) y en ese tanto, que el el Estado en cuestión había incumplido con el artículo 17 del P.I.D.C.P. Vid. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/72df23c4e05751cd802567290056e241?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/72df23c4e05751cd802567290056e241?Opendocument). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha comenzado a abordar esta cuestión. En el primer caso de derechos humanos y orientación sexual en el sistema interamericano, *Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia*, se trata de una petición relativa a una mujer confinada en una cárcel de mujeres, a quien se le negó el derecho a tener visitas íntimas con su pareja del mismo sexo. Esta petición fue declarada admisible por la Comisión el 4 de mayo de 1999 (Caso número 11.656, Informe N° 71/99) y aún no se ha resuelto. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia falló a favor de Marta Lucía a finales del año 2001 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente N° 66001221000002001-00121-01, Acción de tutela de Alba Nelly Montoya Castrillón contra la Dirección de Reclusión de Mujeres “La Badea” de Dosquebradas y el Instituto Nacional Penitenciario, 11 de Octubre de 2001). También se pronunció en su favor la Corte en sentencia T-499 e 2003. Y más recientemente en el caso *Karen Atala e hijas contra Chile*, donde la Comisión reconoció la violación del principio de no discriminación en razón de la orientación sexual de la demandante, como parte del principio más general de no discriminación de los artículos 1° y 24° precitados: “*En virtud de las consideraciones vertidas en la presente sección, la Comisión sostiene que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de la frase “otra condición social” establecida en el artículo 1(1), con todas las consecuencias que ello implica respecto de los demás derechos consagrados en la Convención Americana incluyendo el artículo 24. En ese sentido, toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona es sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana y el Estado respectivo se encuentra en la obligación de probar que la misma supera el examen o test estricto establecido anteriormente*” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 17 de Septiembre de 2010, *Karen Atala e hijas contra Chile*, App. n° 12/502, párrafo 95).

decisiones sobre la sexualidad, como ámbitos definitivamente protegidos de libertad, igualdad, desigualdad y no discriminación⁹³.

63. En lo que tiene que ver con lo que esta condición determina para el **Estado** y los **particulares**, se impone a uno y otros, el reconocer la autonomía sexual completa a los demás individuos, no sólo respecto de las relaciones sexuales como también de las orientaciones sexuales, por ser un derecho fundamental de libertad en materia de opciones vitales.

Para el primero, “*la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social (...)*”, sin que pueda “*significar un factor de discriminación social*”⁹⁴. Dicho de otro modo, siendo “*garante del ejercicio plural de los derechos en la sociedad, tiene el deber de permanecer neutral frente a las opciones sexuales de los individuos que no vulnere derechos de terceros. Es más, se activa su deber tutelar de los derechos fundamentales frente a las decisiones administrativas que segreguen a un sujeto o grupo de ellos con ocasión de la opción sexual por ellos elegida*”⁹⁵.

Para los particulares, el deber de respeto, el no abuso del derecho, el no abuso de la capacidad de subordinar o colocar en posición de indefensión⁹⁶.

⁹³ Así se aprecia en la sentencia T-594 de 1993, donde la Corte se pronunció sobre el caso de un individuo que acudió a una notaría para cambiar su nombre por el de una mujer, para efectos de fijar su propia identidad, petición que fue negada por el notario por referirse al cambio de un nombre de sexo masculino por otro de sexo femenino. La Corte entonces destacó la importancia de definir los ámbitos protegidos por la libertad constitucional. “*Es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino, o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su modo de ser, de su pensamiento y de su convicción ante la vida. (...) La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.*” También en la sentencia la C-481 de 1998 se dijo que la orientación sexual constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. *Vid.* igualmente, sentencias T-097 de 1994, T-539 de 1994, T-101 de 1998, C-481 de 1998, C-507 de 1999, T-268 de 2000, C-373 de 2002, T-435 de 2002, T-301 de 2004 y T-314 de 2011.

⁹⁴ Así en la sentencia C-481 de 1998, se fijaron las pautas sobre las cuales se deben analizar situaciones de discriminación frente a personas LGBTI. Por ejemplo, se dijo que “*esta situación resulta más intolerable y violatoria de la igualdad si se tiene en cuenta que un trato distinto fundado en la diferente orientación sexual rara vez cumple algún propósito constitucionalmente relevante, por cuanto la preferencia sexual no sólo es un asunto íntimo que sólo concierne a la persona sino que, además, no se encuentra casi nunca relacionada con las capacidades que el individuo debe tener para adelantar un trabajo o cumplir una determinada función. Por ende, la marginación de los homosexuales denota usualmente una voluntad de segregar y estigmatizar a estas poblaciones minoritarias, por lo cual la diferencia de trato por razón de la orientación sexual resulta sospechosamente discriminatoria*”.

⁹⁵ Sentencia T-301 de 2004, que a su vez retoma lo dicho en la T-268 de 2000.

⁹⁶ Sentencia T-314 de 2011.

64. Es decir que, en razón de la autodeterminación sexual del individuo, “*ni el Estado ni la sociedad se encuentran habilitados para obstruir el libre proceso de formación de una específica identidad sexual, pues ello conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente*”⁹⁷.

65. De tal suerte, la orientación sexual diversa, como expresión de la orientación sexual propia de la especie humana, se garantiza en la Constitución desde tres perspectivas: i) como contenido que ampara la libre disposición, artículos 1º, es decir, ingrediente de la dignidad humana como fundamento del Estado social de derecho, 5º, derecho inalienable de la persona, 15, derecho fundamental de la esfera más íntima del sujeto, 16º, marca nuclear del libre desarrollo de la personalidad; ii) como contenido igualitario y no discriminatorio, artículos 5º y 13, para un reconocimiento de tales derechos y un trato igual ante una diversidad personalísima que no amerita regulación diferenciada y que sí lo hace una protección especial por ser sujeto sometido a condiciones de debilidad manifiesta; iii) como obligaciones reflejas, el mandato de acción negativa o de no interferencia y el mandato de acción positiva de especial protección, artículos 2º, 5º, 6º, en cuanto parte de los fines esenciales del Estado, de su razón de ser y fundamento de sus reglas⁹⁸.

66. Por último y producto de la condición de sujeto de especial protección, como grupo tradicionalmente discriminado, cuando sean introducidas normas jurídicas o comportamientos que supongan para ellos afectación o disminución de sus derechos, opera *prima facie* una **presunción de discriminación**, basada en los criterios sospechosos que su trato desigual plantea. Dicho de otro modo, para preservar la validez y vigencia de tal ordenación normativa, del comportamiento o la ejecución de una facultad o una competencia o una atribución, resulta necesario desvirtuar este supuesto de hecho discriminatorio del que se parte⁹⁹.

67. De allí, por qué en aras de proteger al sujeto pasivo de un acto discriminatorio, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en estos supuestos, por ser difícil de probar¹⁰⁰, la carga de la prueba se traslada a

⁹⁷ Sentencia T-435 de 2002, en la que se revisó la problemática de una estudiante a quien se le canceló la matrícula en una institución educativa religiosa debido a la duda respecto de su orientación sexual.

⁹⁸ Vid. sentencias T-301 de 1993, reiterada en las sentencias T-725 de 2004 y T-349 de 2006.

⁹⁹ Así, por ejemplo, en la sentencia C-225 de 1998 se expresó: “*En efecto, en estos eventos, como en los que se refieren a la protección del mínimo vital de la población más pobre y marginada, le corresponde a las autoridades públicas demostrar los hechos que conduzcan a la exoneración de su responsabilidad constitucional*”.

¹⁰⁰ La Corte sentencia T-098 de 1994 expresó en relación con el traslado de la carga de la prueba en actos discriminatorios: “*Los actos discriminatorios suelen ser de difícil prueba. De ahí que sea apropiado que la carga de probar la inexistencia de discriminación recaiga en cabeza de la autoridad que expide o aplica una disposición jurídica, no así en quien alega la violación de su derecho a la igualdad, especialmente cuando la clasificación que se hace de una persona es sospechosa por tener relación con los elementos expresamente señalados como discriminatorios a la luz del derecho constitucional.*”

la persona que pretende tratar de forma diferenciada a otra y no en quien alega la vulneración del derecho a la igualdad.

Es que, como se ha dicho, “ (...) 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 (...)”¹⁰¹.

68. Esta distribución de esta esencial carga procesal, se establece en razón de la existencia de una parte privilegiada y fuerte y quien además cuenta con fácil acceso a los materiales probatorios esenciales para determinar si el hecho discriminatorio es cierto o no. Lo anterior, por supuesto, sin que ello signifique el sujeto pasivo de la discriminación, estando en condiciones, no pueda a su vez demostrar sus afirmaciones¹⁰².

2.6. Conclusiones preliminares. Libertad individual y no discriminación: dos caras de la misma moneda

69. Tres conclusiones preliminares se pueden destacar hasta el momento.

La primera, que la libertad individual sobre los asuntos que definen la personalidad, la enaltescen como elemento inherente a la naturaleza humana y que sólo interesan a su titular. Lo anterior, es una posición jurídica especialmente valiosa, por lo cual debe ser protegida tanto con relación a las posibles injerencias del poder público, como de los particulares. Ello hace parte de las señas de identidad del Estado de derecho, del Estado de las libertades, del Estado pluralista, del Estado social de derecho fundado en el principio de la dignidad humana.

La segunda, que la igualdad, en sus diferentes facetas, está garantizada por la Constitución y por el sistema normativo de derecho internacional que vincula a Colombia. Dentro de ella está proscrita la discriminación irrazonable y

¹⁰¹ En sentencia T-741 de 2004, la Corte se pronunció acerca de la carga de la prueba cuando 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. 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. En esta sentencia, la Corte afirmó que “*esta regla probatoria debe ser aplicada en los casos de las personas que prestan servicio militar y que alegan la existencia de una determinada vulneración de sus derechos fundamentales por parte de sus superiores, en particular cuando se trata de afirmaciones relativas a tratos crueles, inhumanos o degradantes. La situación de subordinación de estos individuos frente a un aparato militar estructurado en forma jerárquica, hace virtualmente imposible para la persona que presta servicio militar obligatorio acceder a los materiales probatorios pertinentes*”.

¹⁰² Sentencia T- 314 de 2011.

desproporcionada y existe presunción de discriminación cuando opera sobre determinados sujetos tradicionalmente excluidos.

Y la tercera, que con respecto a una de las tantas manifestaciones diversas de la individualidad, la orientación sexual y dentro de ella, la orientación sexual diversa, hacen parte de los ámbitos protegidos por esa la libertad y la igualdad constitucionalmente previstas, y como opción de vida, gozan de protección privilegiada, como ámbitos *prima facie* intangibles, por ser parte de la “*constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios*”¹⁰³ pero que tanto enriquecen la sociedad pluralista del Estado constitucional¹⁰⁴.

2.7. Solución del caso concreto

70. Para resolver, ahora sí, el caso sometido a estudio en sede de revisión, la Sala en primer lugar presentará los hechos probados (2.7.1.). Luego analizará la procedibilidad de la acción (2.7.2.) y por último abordará lo relativo a su prosperidad (2.7.3.).

2.7.1. Hechos probados

71. Según lo acreditado en el proceso, hacia las 9:30 p.m. del 19 de enero de 2011 en el Centro Comercial COSMOCENTRO, frente al cajero del Banco de Bogotá (folio 2 cuaderno original), cuando los señores Jimmy Moreno y Robbie Pérez, esperaban a un amigo que usaba el cajero electrónico, fueron abordados por guardias, en particular por el señor Arnold Ferriño, perteneciente a la empresa de vigilancia FORTOX SECURITY GROUP, que cumple con tal labor en el Centro comercial. Esto, con el objeto de reclamar de los primeros que sin desconocer su libertad individual y sus opciones sexuales, se “*comportasen*”, esto es, que dejaran de besarse, pues en caso contrario se verían obligados a retirarlos por la fuerza. Lo anterior en razón a que allí transitaban familias y niños. Sin embargo, los señores Moreno y Pérez, decidieron retirarse en el acto del centro comercial.

Lo anterior quedó establecido no solamente por la afirmación del accionante en la demanda de tutela (folio 3 cuaderno original), sino que fue corroborado tanto por la representante legal del centro comercial (folio 61 cuaderno original), como por el representante legal de la empresa de vigilancia (folio 31 cuaderno 2).

72. No hay claridad adicional relacionada con el número de vigilantes que actuaron en esa ocasión; tan sólo existe certeza de que quien interpeló a los señores Moreno y Pérez fue el señor vigilante Arnold Ferriño; tampoco existe ningún elemento de juicio que pueda determinar la cortesía o educación con que actuó al reclamar el aconductamiento de los mencionados visitantes, ni si formó parte del mismo o no, la amenaza de ser forzados a salir del centro

¹⁰³ Luis Prieto Sanchís, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”. Madrid, Trotta, 2003, p.117.

¹⁰⁴ Sentencia C-314 de 2011.

comercial en caso de no atender la petición del vigilante. Con todo, estos elementos específicos de la situación fáctica del caso, no son relevantes para definir la vulneración de derechos fundamentales ocurrida y digna de protección especial a través de la tutela, pues los hechos que sí fueron probados, son a juicio de la Sala suficientes para formular un pronunciamiento tanto desde el punto de vista de la procedibilidad de la acción, como desde el punto de vista de su prosperidad.

73. No es el caso, entrar en las anteriores disquisiciones en relación al tipo de beso que se daban los señores Jimmy Moreno y Robbie Pérez, pues aunque sobre este particular no existe información clara y fehaciente, no cabe duda que su calidad de *hecho obsceno* o no, resultaría en principio determinante para establecer si la represión de la que fueron objeto, podría en su caso responder a la exigencia de preservar la tranquilidad o la moralidad públicas, en los términos descritos por el Código Nacional de Policía.

Es cierto que tanto COSMOCENTRO como FORTOX, no dudaron en indicar que la represión de su agente como empleado de la empresa de vigilancia al servicio de tal función en el centro comercial, respondía no precisamente a la condición homosexual de la pareja por sí misma, sino a los *excesos* en sus manifestaciones de afecto observadas.

Para la gerente del centro comercial, no es causal de expulsión ni de reproche, la orientación sexual de sus clientes, sino el hecho de realizar manifestaciones afectuosas “*que se sobrepasan*”¹⁰⁵. Y para la empresa FORTOX ocurre otro tanto, pues luego de señalar las buenas razones por las cuales actuó su dependiente, precisó: “*Si una pareja heterosexual estuviera dentro del Centro Comercial protagonizando manifestaciones amorosas, no cabe duda de que nuestro colaborador también les habría solicitado moderación en su conducta*”¹⁰⁶.

74. Las anteriores afirmaciones, empero, no son a juicio de la Sala fundamento suficiente para determinar la obscenidad del beso entre Jimmy y Robbie, pues se plantean de manera imprecisa, sin señalamiento suficiente para reconocer de qué manera los señores en cuestión habrían rebasado los límites de su libertad individual e invadido los ámbitos de la tranquilidad y moralidad públicas, en especial con relación a la protección especial que reclaman los niños, que de todas formas debe estar guiada desde la tierna infancia por los principios de la tolerancia y de la no discriminación. Ello sin dejar de lado que, al menos en lo que hace al dicho de la empresa de seguridad

¹⁰⁵ “...la orden de nosotros es, tenemos que, en un centro comercial de familia y tenemos que respetar, no es que sea indebido que te des un beso con otro, eso es normal, pero igual le pasa en parejas normales, no es el sitio ni para venir a abrazarse de una manera. Un besito, pico, muy bien pero como cuando yo veo a los jóvenes y más que todo a los jóvenes y menores en las sillas de los pasillos y muchas veces se sobrepasan en los besos, que pena, porque hay niños, tenemos que dar un buen ejemplo, y no es el sitio. Independientemente de que sea como sea, digamos como sea tu tipo, no nos interesa eso y es respetable, cada persona tiene derecho pero lo que se pide es un poco de privacidad en el sentido de cómo centro hay que respetarlo en esa medida”. (Folio 52, primer cuaderno).

¹⁰⁶ Folio 33, segundo cuaderno

FORTOX, lo que se encontró reprochable no fue la impudicia del beso, sino el ser una manifestación amorosa en público.

De tal suerte, como quiera que ninguno de los accionados alegó expresamente la obscenidad en el comportamiento de la pareja de jóvenes mencionados y como quiera que no existe prueba alguna que señale lo contrario, se estimará que el beso reprimido fue a lo sumo un beso romántico.

2.7.2. La procedibilidad de la acción

75. Los requisitos de procedibilidad son aquellos presupuestos indispensables, desde el punto de vista procesal, para ejercer una determinada acción, sin cuyo cumplimiento no es posible que el juez se pronuncie de fondo. Con respecto a la acción de tutela, tales requisitos se encuentran regulados en el artículo 86 de la Constitución Política¹⁰⁷ y en el Decreto 2591 de 1991 y se pueden resumir en los siguientes términos: i) que la acción de tutela sea instaurada para solicitar la protección inmediata de un derecho fundamental¹⁰⁸; ii) que exista legitimación en la causa por activa, es decir, que la acción sea instaurada por el titular de los derechos fundamentales invocados o por alguien que actúe en su nombre¹⁰⁹; iii) que exista legitimación en la causa por pasiva, en otras palabras, que la acción se dirija contra la autoridad o el particular¹¹⁰ que haya

¹⁰⁷ “ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

¹⁰⁸ A este respecto, se puede consultar el artículo 2 del decreto 2591 de 1991 que dispone lo siguiente: “ARTICULO 2o. DERECHOS PROTEGIDOS POR LA TUTELA. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.

¹⁰⁹ Así, el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 dispone que: “ARTICULO 1o. OBJETO. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en las casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela”.

¹¹⁰ Respecto de la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares, es necesario consultar el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en el cual se establece que sólo es procedente cuando se interpone contra un particular que preste servicios públicos, o que esté poniendo en grave peligro el interés colectivo o, finalmente, cuando entre el accionante y el particular existe una relación de subordinación o de indefensión.

amenazado o violado, por acción o por omisión, el derecho fundamental¹¹¹; iv) que el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, porque ya agotó los que tenía o porque los mismos no existen o cuando, a pesar de disponer de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela sea instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹¹² o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados por el accionante.

76. Con base en lo anterior, se estudiarán en primer lugar los elementos objetivos de la procedibilidad en el caso concreto (2.7.2.1.) y enseguida, se analizarán los de carácter subjetivo (2.7.2.2).

2.7.2.1. Aspectos objetivos

77. El actor reclamó en su escrito de tutela la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad. Así mismo, señaló que con los hechos denunciados también fue vulnerado su derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Y según lo acreditado en el proceso, tales derechos se pudieron ver afectados con los hechos ocurridos en el centro comercial COSMOCENTRO.

78. Lo anterior, como quiera que la conducta que se reprochó era la de besarse, un acto que al menos *prima facie* no está prohibido por el derecho y se ejecuta entonces dentro de los márgenes de la libertad y de la garantía de no intervención. Por tanto su restricción ha podido significar vulneración de la dignidad humana, cuando inflige el vivir como se quiere, así como aspectos tan íntimos y personalísimos como las demostraciones de afecto y los besos románticos con la pareja.

Pero también es procedente objetivamente, porque como se alega, los hechos en mención pudieron haber ocurrido por violación de la prohibición de discriminación por orientación sexual diversa, en tanto se pudiera acreditar que la restricción de besarse obedeció no a la procura de una conducta social determinada, sino al hecho de que esos besos fueran de una pareja de jóvenes homosexuales.

¹¹¹ El tema de la legitimación en la causa está regulado en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 en los siguientes términos: “*ARTICULO 5o. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito*”.

¹¹² Esta Corporación ha señalado que el perjuicio irremediable es aquel que tiene las características de inminencia, urgencia y gravedad. Por lo tanto, cuando se acredite la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir, que produzca de manera cierta y evidente la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas apremiantes para conjurarlo; (iii) amenace de manera grave un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico; y, (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, la acción de tutela es procedente.

En esa medida la tutela en este caso es procedente objetivamente.

79. De otro lado, también se aprecia que para la protección de derechos fundamentales vulnerados por los hechos ocurridos en el centro comercial COSMOCENTRO, el señor Jimmy Moreno no tendría ninguna acción judicial distinta de la tutela.

80. Y finalmente, es también procedente visto que tras el ejercicio de la acción, se procura hacer efectivas las garantías *iusfundamentales* de proteger la dignidad, la libertad y la intimidad que poseen de las decisiones propias e inherentes al ser humano y que sólo atañen a él y la que se configura a través de la prohibición de todo acto de discriminación, en este caso, por la opción sexual diversa.

81. Otro de los elementos a ser tenidos en cuenta es el relacionado con la vigencia de la vulneración de los derechos y la causal de improcedencia cuando el hecho o daño se encuentran consumados.

El Decreto 2591 de 1991, en el numeral 4° del artículo 6°, establece que la acción de tutela no procede cuando, respecto de la violación del derecho, se pueda predicar un hecho consumado, es decir, cuando no hay posibilidad de fáctica de restablecer los derechos conculcados. A su vez el artículo 23 *in fine* del Decreto 2591 de 1991, establece con relación a la “*Protección del derecho tutelado*”: (...) *Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción. // En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto*”.

82. De esta manera, es la vigencia del resultado que los actos concretos que dieron lugar a la acción, es su impacto sobre los derechos fundamentales de los sujetos interesados, lo que determina que la acción proceda, por ser útil la actuación del juez, por ser eficaz, en cuanto a estar en capacidad para restablecer la vulneración causada por un hecho ese sí finito en el tiempo.

Pero, hay que agregar, la procedibilidad de la acción en cuanto a la utilidad de la misma como forma de restablecer el derecho, también se obtiene porque los hechos del caso suponen la configuración de actos discriminatorios por la orientación sexual diversa. La vigencia del hecho y del daño se encuentra en que la actuación del juez aún se justifica, pues aunque el hecho cesó en el tiempo, las consecuencias de su acto siguen vivas sobre la persona.

83. Entonces, como lo ha reiterado la Corte en varias oportunidades, si los efectos del daño persisten y son susceptibles de ser interrumpidos, más aún cuando se trata de actos que representan discriminaciones negativas basadas

en criterios sospechosos, deberá el juez constitucional actuar para restablecer los ámbitos de derechos fundamentales que pudieron haberse transgredido¹¹³.

84. Este es el caso del presente asunto, donde la reprensión por el hecho de besarse una pareja de homosexuales, ocurrió en cuestión de minutos en un lugar y fecha determinados, pero esa reprensión para los señores Jimmy y Robbie significó y sobre todo, continúa significando, la reprobación de una conducta que haría parte de su libertad y de su derecho a ser tratados como iguales. Más aún cuando se trata de la definición de la orientación sexual y del ejercicio de los derechos que de allí se derivan, iguales a los de las personas heterosexuales.

Y como se dijo en la T-314 de 2011, en este caso a pesar de que el hecho discriminatorio ocurrió el 19 de enero de 2011, el concepto antes descrito “*de hecho consumado no se agota en la definición o determinación de un hecho ocurrido en el pasado, ante posibles determinaciones segregativas que tengan la potencialidad de continuar la acción o la omisión vulneradora del derecho*”¹¹⁴.

Así ocurre con el acto de reprensión sobre los señores Moreno y Pérez, que aún determina la restricción del derecho a besarse en los espacios abiertos al público del centro comercial, como restricción basada, según se alega por el accionante, en la homosexualidad de la pareja reprendida.

2.7.2.2. Procedibilidad subjetiva

85. La procedibilidad desde el punto de vista de los sujetos de la acción de tutela, debe ser estudiada tanto por activa (a.) como por pasiva (b.)

a. Por activa

86. La acción de tutela ahora estudiada es procedente desde el punto de vista del accionante (Andrés Santamaría Garrido- Defensor del Pueblo del Valle del Cauca), toda vez que pese a no ser el directamente perjudicado, su actuación está autorizada en los artículos 10 y 46 del Decreto 2591 de 1991, para “*interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o que esté en situación de desamparo o indefensión*”. Ello, de conformidad con lo previsto en la Constitución, artículos 118 y 282 num 3° CP, art. 9° num 9° de la ley 24 de 1992 (folio 5, cuaderno principal).

¹¹³ Sentencia T 314 de 2011. Y en otro aparte se agrega que si en relación a los derechos fundamentales invocados por el actor como vulnerados “*subsiste algún provecho que pueda ser derivado a partir de una orden que se consigne en el amparo, es decir, si respecto de la amenaza o la vulneración el juez constitucional puede definir alguna disposición con la cual anule, evite o mitigue el daño causado, será relevante la procedencia de la tutela. En consecuencia, esta Corporación ha entendido que lo primero que debe definir el juez es si la afectación de los derechos tuvo lugar en un sólo momento o si los efectos lesivos pudiesen tener la potencialidad de acrecentar la acción u omisión violatorio del derecho*”(resaltado fuera del original).

¹¹⁴ Idem.

87. En este caso, el Defensor del pueblo del Valle del Cauca afirma en la demanda, que actúa con ocasión de la petición de asesoría y ayuda solicitada por el señor Jimmy Moreno, “*teniendo en cuenta que por tratarse de una persona homosexual la sociedad ejerce mucha presión y esto de alguna manera lo deja en una situación de debilidad manifiesta e indefensión que le impide ejercer libremente sus derechos (...)*” (fl. 5º, cuaderno principal).

De este modo, podría decirse que la acción se ejerce tanto por solicitud del interesado como por la condición de indefensión en la que se encuentra el mismo, dada su orientación homosexual que, como se ha visto, genera ciertas presunciones ante el derecho y que en este caso, es la de ser, haber sido y seguir siendo objeto de discriminación, porque así lo ha sido históricamente. Ello lo hace merecedor del status jurídico *iusfundamental* de sujeto de especial protección por parte del Estado, lo que a su vez lo reconoce en condición de indefensión, con lo cual también de oficio puede el Defensor del Pueblo incoar la acción en su nombre.

88. Se trata, entonces, de una legitimación que, soportada en el sólido discurso de la libertad, la dignidad y la igualdad constitucionales, procure las medidas que ameritan este tipo de casos, para, si es del caso, remediar, compensar, emancipar y corregir la situación de vulneración de derechos fundamentales.

b. Por pasiva

89. También es procedente la acción de tutela desde el punto de vista de los accionados, a saber, el Centro Comercial COSMOCENTRO y la empresa de seguridad FORTOX S.A.

90. El Defensor del Pueblo del Valle del Cauca, demanda a COSMOCENTRO. Dicho centro comercial, que existe como persona jurídica de la copropiedad que lo constituye, es un particular apto para ser considerado como sujeto pasivo contra quien procede la acción de tutela.

Esto, en primer lugar, por ser en los espacios abiertos al público de la copropiedad Cosmocentro, donde tuvieron lugar los hechos materia del proceso. En esa medida y retomando lo establecido en el numeral 4º y 9º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, fue el centro comercial el que controló efectivamente la situación, así como el beneficiario real de la misma, en tanto conforme a sus objetivos de convivencia, se buscó controlar la conducta libre de Jimmy y Robbie, para defender la tranquilidad del centro comercial y de quienes lo visitan, a través de la restricción del ejercicio de su libertad, que excluye los besos románticos.

En segundo lugar, tales elementos crean la condición de indefensión contemplada en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 sobre la pareja de jóvenes, derivada de la situación fáctica de hallarse en un centro comercial que es una copropiedad y que aunque tiene espacios abiertos al público, ejerce a través de sus sistemas de vigilancia de la copropiedad, un cierto control sobre sus visitantes. Esta situación ciertamente puso en insuficiencia de

medios físicos y jurídicos de defensa al señor Jimmy Moreno y a su compañero, para resistir o repeler la eventual agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales producida por el acto de reprensión del vigilante del centro comercial¹¹⁵.

91. No se puede además olvidar que no obstante la condición jurídica con la que actúa y el régimen jurídico formal que lo somete, COSMOCENTRO en tanto centro comercial que es o superficie en cuyo interior circulan personas para comprar, vender, comerciar, suministrar bienes y servicios y para trabajar como empresarios o trabajadores o para actuar como consumidores o como ciudadanos libres, posee mayores responsabilidades frente al cuidado de la libertad de todos estos sujetos.

De modo puntual, con relación a los visitantes, por ser más que un espacio de mercado, una expresión fáctica del espacio público, esto es, una condición material de ser el espacio físico más apto para el ejercicio de las libertades individuales.

92. El centro comercial COSMOCENTRO es entonces responsable por los hechos que originaron la tutela, porque como se desprende de las pruebas obrantes en el expediente, la actuación del señor vigilante Arnold Ferriño representaba un interés de la copropiedad, consistente en vigilar y contener la conducta de los visitantes, para que no se *sobrepasen*, dado que al centro lo visitan niños y familias (folio 52, cuaderno principal).

93. Aunque en la contestación de la demanda la gerente de COSMOCENTRO no reconoce responsabilidad en los hechos, pues apunta que la misma proviene del acto del vigilante que es dependiente no suyo sino de la empresa de vigilancia que contrata (folio 62), este argumento como se ha visto al tratar la responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos de sus dependientes o agentes, no resulta defensible. COSMOCENTRO, como toda persona jurídica, es responsable por la vulneración de derechos fundamentales en la que puedan incurrir sus dependientes o agentes, es decir, quienes obran en nombre de los intereses de la copropiedad.

COSMOCENTRO es apto para responder por la reprensión efectuada por el señor Arnold Ferriño frente a la conducta romántica de Jimmy Moreno y Robbie Pérez, se entiende como un hecho imputable a aquél. Ello como resultado de que el guarda de seguridad obró en beneficio directo del centro comercial y como ejecución de un servicio contratado por el centro comercial con la empresa de seguridad para la que el guardia de seguridad trabaja. También porque en aplicación del régimen común de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, el centro comercial delega en un tercero, la empresa de seguridad FORTOX SECURITY GROUP, la ejecución de la obligación de brindar la seguridad del centro, de los locales, para los intereses de la copropiedad y naturalmente para los derechos e intereses de los visitantes del mismo o de quienes trabajan en él. En esa medida,

¹¹⁵ Sentencia T-122 de 2005.

COSMOCENTRO está asumiendo como propias las labores encomendadas a terceros, para alcanzar unos determinados resultados acordes con sus intereses comerciales y de la copropiedad.

94. Pero como se advirtió en el auto de 31 de octubre de 2011 (folio 27, cuaderno no. 2) y como se pudo constatar tras la respuesta ofrecida por la empresa FORTOX SECURITY GROUP (folios 30-33, cuaderno No. 2º) para la Sala esta última empresa, también es sujeto pasivo de la acción ejercida. Pues el señor Arnold Ferriño actuó para proteger los intereses de la copropiedad Centro Comercial COSMOCENTRO, más al mismo tiempo obró como dependiente de la empresa de vigilancia, en tanto empleado, sometido a un contrato de trabajo con subordinación y dependencia (folios 34 y 35, cuaderno no. 2).

La empresa FORTOX es sujeto apto para la acción de tutela por pasiva en este caso, porque también ella controló efectivamente la situación que motivó la acción, al actuar a través de su trabajador, con el propósito de “*reglamentar*” el ejercicio de la libertad de los señores Jimmy Moreno y Robbie Pérez, en cuanto se desarrollaba en un lugar público o abierto al público y de modo que trasciende a lo privado (folios 30-33, cuaderno no. 2).

95. Sumado a lo dicho, hay también aptitud por pasiva en cabeza de la empresa de vigilancia FORTOX al servicio del centro comercial COSMOCENTRO, porque no hay duda en el talante institucional con que operó el vigilante, conclusión a la que se llega de la defensa que de su acción, se dio en la contestación de la demanda efectuada mediante oficio de 10 de noviembre de 2011.

Así cuando el representante legal de FORTOX, afirmó que todo lo que hizo el señor Arnold Ferriño, fue pedir *moderación* a los dos hombres que se besaban abiertamente, al poder chocar con la percepción de la generalidad de los ciudadanos (f. 31, cuaderno no. 3). Y junto con ello, la conducta del señor Arnold Ferriño, respondía a un simple acto de colaboración de las empresas de vigilancia con las autoridades de policía en la preservación del orden dentro del centro comercial (f. 31, cuaderno 3).

Con ello, el acto del dependiente es por sobre todo un acto de la empresa, que ejecuta cabalmente un concepto sobre el deber de seguridad y vigilancia que corresponde a su objeto social. Un acto que además, por provenir del poder de la empresa de vigilancia sobre quienes transitan los espacios abiertos al público del centro comercial, es el que puede causar la condición de indefensión sobre los sujetos víctimas de la actuación.

96. Es decir que siendo las personas jurídicas en nombre de quienes actuó el vigilante del centro comercial las “beneficiarias” de su proceder, son ellas los sujetos que deben responder por la posible vulneración de derechos fundamentales que se alega y en ese tanto, los requisitos de procedibilidad de carácter subjetivo, por pasiva, se cumplen. Y por lo mismo, yerra en este punto el juez de primera instancia, al descartar la vulneración de derechos

fundamentales digna de la acción de tutela, al encontrar que se trata de la actuación no del centro comercial sino de un vigilante que por decisión personal, optó por actuar de determinada manera. Porque en materia de derechos fundamentales se aplica enteramente, el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos de sus dependientes.

2.7.3. La prosperidad

97. Valoradas las pruebas y los argumentos de las partes, encuentra la Corte que con el acto de restricción del derecho a besarse en público para los señores Jimmy Moreno y Robbie Pérez, por parte del vigilante de la compañía FORTOX SECURITY GROUP que opera en cumplimiento de dicha labor en el Centro comercial COSMOCENTRO, se violaron ámbitos protegidos de la libertad individual en sus múltiples manifestaciones de libertad, dignidad e intimidad y por sobre todo, se incumplió con la prohibición de discriminación por orientación sexual diversa.

98. Tres aspectos nutren de contenido esta conclusión: La vulneración de los ámbitos de libertad (2.7.3.1.) y de igualdad (2.7.3.2.) constitucionalmente protegidos; y la definición de las medidas de protección que se deben adoptar (2.7.3.3.).

2.7.3.1. La vulneración de los ámbitos de libertad

99. Con relación a los ámbitos de libertad individual que preservan los artículos 1º, 5º, 6º, 15 y 16 C.P, al estar acreditado que lo que el vigilante del centro comercial hizo fue reprender al accionante y a su pareja por besarse románticamente, lo claro es que desplegó un acto de control sobre la conducta de Jimmy Moreno y su pareja, lo cual constituye una violación de los derechos fundamentales a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad.

100. Porque esta conducta, el darse besos románticos, no puede hacer parte de los supuestos fácticos tenidos en cuenta para incurrir en las contravenciones de que trata el Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970, artículos 209, numerales 3º y 7º, Decreto 522 de 1971, artículo 44). Y en esa medida, no podía el guardia del centro comercial, ejercer sus facultades de vigilancia y apoyo a las autoridades de policía, con su reprensión.

Pues, mal puede entenderse *per se* como *perturbador de la tranquilidad* en este caso de un centro comercial, que las parejas efectúen manifestaciones de afecto incluyendo el darse besos. Ni puede la orden de un empresario, fuere el Centro comercial COSMOCENTRO, fuere la empresa FORTOX, instruir a un trabajador para que en cumplimiento de sus funciones como vigilante, restrinja contornos no limitados legítimamente por el legislador de las libertades individuales.

Es decir que besarse de modo romántico con la pareja, sea o no homosexual, hace parte de los espacios de libertad individual que toda persona natural

posee a la luz de su dignidad para vivir como se quiere, para su libre desarrollo personal y para el derecho a no ser molestado en esa elección específica que sólo a él o ella interesa. Y como el legislador no lo ha restringido como derecho de libertad (y sólo lo podría hacer bajo supuestos exigentes de racionalidad y proporcionalidad), no lo puede hacer ni un centro comercial en sus estatutos, ni una empresa de vigilancia por más que tengan como función colaborar con las autoridades de policía.

101. En el mismo sentido, no está dentro de las facultades de la copropiedad que constituye jurídicamente el centro comercial COSMOCENTRO, el disponer de restricciones a los ámbitos *iusfundamentales* de las libertades, que no estén previstas por la ley y que por tanto hagan parte de la autonomía de los individuos y de la forma de disponer de sus asuntos propios.

Otro tanto se determina conforme lo establecido en el reglamento de propiedad horizontal de COSMOCENTRO, según el cual, la *convivencia pacífica*, la *solidaridad social* y el *respeto por la dignidad humana*, son parte de los postulados generales y de los principios orientadores que guían la actuación del centro comercial, dirigidos a regular los derechos y obligaciones específicas de las personas que trabajen de manera permanente o transitoria, visitantes y propietarios, en las unidades privadas y los bienes comunes que conforman el mismo. El primero de estos principios, se garantiza “*a través de mecanismos democráticos precisos y la fijación de derechos y obligaciones para los titulares de los derechos de propiedad sobre las unidades privadas que conforman el centro comercial, la adecuada convivencia y cooperación, así como el fomento de la solidaridad*”. El segundo, busca “*el respeto por la persona, el de su trabajo como un derecho fundamental y la obligatoria primacía del interés general sobre el interés particular*” (folio 88, tercer cuaderno).

También cuando el Reglamento en el artículo 57 señala las *prohibiciones generales dirigidas a los propietarios y usuarios del centro comercial*, lista dentro de la cual se encuentran interdicciones que resultan admisibles con la naturaleza de la copropiedad, con la protección de sus bienes comunes¹¹⁶ (folio 188-193, tercer cuaderno), pero que no incluyen –como no podrían hacerlo- el derecho de darse besos.

Es que como se dijo en la sentencia T-314 de 2011, aunque no se niega que en defensa del patrimonio y de los derechos particulares de la copropiedad y de sus interesados, se pueden disponer medidas que procuren su aseguramiento, ellas no pueden representar disminución arbitraria de las opciones de libertad individual íntimas y personalísimas.

102. El mismo predicamento cabe respecto de FORTOX, pues conforme se apreció, la regulación legal y administrativa prevista para este tipo de

¹¹⁶ Es el caso de la tenencia de animales, uso indebido de las vitrinas, arrojar basuras, exhibición de mercancías en zonas comunes; conductas que en caso de ser realizadas, pueden acarrear una sanción para la persona que la ejecute, es decir, propietario, empleado o visitante.

empresas de seguridad privada, con todo y su función de colaborar con las autoridades de policía, con la tranquilidad y la moralidad públicas de los espacios que vigilan, no las autoriza para restringir los ámbitos de libertad constitucionalmente protegidos.

103. Encuentra así la Sala que la conducta desplegada por el guardia de seguridad en representación de la empresa FORTOX y de los intereses del centro comercial COSMOCENTRO, restringió ilegítimamente el derecho de Jimmy Moreno y de su pareja, a expresar libremente sus opciones vitales derivadas de su dignidad, intimidad y del libre desarrollo de su personalidad. Porque con el hecho de besarse, por las razones que se han advertido, no pudieron haber puesto en riesgo los derechos de los demás, los derechos de los niños, ni tampoco en general el ordenamiento jurídico. Sencillamente los señores Moreno y Pérez efectuaron un acto de la naturaleza humana, derivado de la atracción y los afectos, que al ser inherentes a la especie y no contravenir norma alguna, no tiene por qué esconderse u ocultarse.

104. Por lo mismo, yerra a su vez el juez de segunda instancia al sostener que la actuación desarrollada por el señor guardia de seguridad de la empresa FORTOX, que actuaba al interior del centro comercial COSMOCENTRO y en defensa de sus intereses, se produjo con el propósito de mantener y guardar el orden y la moral pública. Pues, como se ha dicho, según el marco constitucional expuesto, con base en tales fines, no podía restringir los besos en público de las parejas, sean éstas homosexuales o heterosexuales.

2.7.3.2. Violación de la prohibición de discriminar

105. Como quedó atrás dicho, los señores Jimmy Moreno y Robbie Pérez con su actuar no pusieron en riesgo los derechos de los demás, no violaron ninguna regla del orden jurídico, tan sólo y para bien, ejercieron sus libertades. Pero también, lo que hicieron estos jóvenes fue expresar libremente su orientación sexual, como opción de vida que en sus componentes de libertad pura, para darse besos, debe ser protegida y respetada por el Estado y los particulares.

106. No obstante este derecho a la libertad en el marco del trato igual frente a la diferencia, de las pruebas aportadas por la Defensoría del Pueblo se puede apreciar que la reprensión del guardia de seguridad a los señores Jimmy Moreno y su pareja por besarse, esa noche de enero del año 2011, no sólo supuso una vulneración de ámbitos de libertad, dignidad e intimidad personales de tales individuos. Sustancialmente y de modo más preciso, operó por razones discriminatorias por la condición homosexual de la pareja que se daba besos.

Es decir que el trato dado por el guardia de seguridad, pretendía anular, o dominar a los jóvenes homosexuales¹¹⁷, apelando a prejuicios sociales y personales de que sus besos de pareja en público, por provenir de parejas

¹¹⁷ Se emplea la terminología de la sentencia T-098 de 1994.

homosexuales, son reprochables al resultar más afrentosos para la tranquilidad, la seguridad y la moralidad públicas, que los besos que se dan los heterosexuales.

107. Las dos personas jurídicas vinculadas como sujetos pasivos de la acción negaron enfáticamente la intención de discriminar por razón de la homosexualidad de la pareja que se besaba. Sin embargo, existen varios elementos probatorios que en tanto evidencias físicas, argumentos de parte o subreglas del derecho a la igualdad sin discriminación, muestran lo contrario a tales afirmaciones.

Pues en ambos casos, el del centro comercial y el de la empresa de vigilancia, la pretensión de aplicar en general la norma que prohíbe a cualquier pareja darse besos románticos como forma de proteger los derechos de niños, familias y de los grupos mayoritarios que acuden al centro comercial, fue ante todo una discriminación indirecta que sólo afectaría a las parejas homosexuales, como ocurrió en el caso de Jimmy Moreno y Robbie Pérez.

108. De un lado, está lo que se aprecia en los registros visuales (folios 32-44, CD adjunto f. 44, cuaderno original), sobre lo que ocurre con otras parejas heterosexuales en el centro comercial. Estas, como nítidamente puede observarse, se abrazan y besan en espacios abiertos del centro comercial, a plena luz del día, sin ser abordadas por los miembros de seguridad del mismo, para que no se “*sobrepasen*” en su comportamiento. Tales evidencias dejan ver, por contraste, que no hubo en el caso de los señores Jimmy y Robbie un trato igual y que la desigualdad en ese caso se dio no tanto por las manifestaciones de afecto, sino porque quienes las efectuaran fueran dos hombres.

Así mismo, se desvirtúa la afirmación de la gerente de COSMOCENTRO (folio 52, primer cuaderno) y de la empresa FORTOX (folio 33 del segundo cuaderno), de que en estos casos las parejas heterosexuales también serían reprochadas y/o censuradas, pues como acaba de señalarse, la presunta regla de restringir las expresiones amorosas –reprochable en todo caso por lo que tantas veces se ha dicho, al restringir ámbitos de libertad protegidos por la Constitución- no se hacía efectiva entre aquéllas, pero sí en caso de provenir de homosexuales.

De otro, la Sala destaca las afirmaciones del representante legal de la empresa FORTOX SECURITY GROUP, al explicar que cuando su trabajador Arnold Ferriño actuó como lo hizo, “*comprendió que el comportamiento de los dos hombres jóvenes que se besaban abiertamente podía chocar con la percepción de la generalidad de los ciudadanos sobre lo que es un adecuado proceder público*” (folio 31, cuaderno 2). También cuando indicó que su colaborador “*pensó que en un sitio abierto a la generalidad de las personas podía sentirse contrariada por esa conducta*” (folio 32, cuaderno 2). Y luego al referirse al derecho a la intimidad, para indicar que se actuó adecuadamente pues si bien besarse en público no “*refleja una actitud de reserva*”, en todo caso la “*actitud de los dos hombres que se besaban abiertamente en público no ocurrió ni en*

su residencia, ni en su lugar de trabajo ni en un cuarto de hotel: ello ocurrió en un Centro Comercial” (folio 31-32, cuaderno 2).

Existe en las anteriores manifestaciones, un reconocimiento de que se reprimió la conducta afectuosa, en especial por provenir de una pareja de jóvenes homosexuales, pues su conducta exhibida en público, resultaba contraria a la percepción que la generalidad de las personas tiene por un buen comportamiento y que en el caso de las parejas del mismo sexo respondería al ocultamiento de sus mutuos afectos, por resultar chocantes para la mayoría.

109. En fin, como resultado de la condición de sujetos de especial protección de que gozan las personas de orientación sexual diversa, la violación de lo previsto en el artículo 13 C.P. también se establece como quiera que la carga de la prueba se ha trasladado en cabeza de COSMOCENTRO y de FORTOX, quienes no han podido desvirtuar la presunción de discriminación que por lo demás el accionante –Defensoría del Pueblo del Valle del Cauca-, acreditó no sólo con el dicho de la demanda, sino también con las pruebas gráficas y visuales atrás señaladas.

110. En este orden, la responsabilidad del centro comercial COSMOCENTRO y de la empresa de seguridad FORTOX, no opera porque hubiese sido activo en imponer reglas de control de vigilancia claramente homofóbicas. Nada parecido está acreditado en el proceso ni nada semejante se imputa en esta providencia. Pero sí son responsables por la vulneración al principio de no discriminación que se produjo contra Jimmy Moreno y Robbie Pérez, al haber aplicado en ellos la regla (ilegítima) de prohibir besarse de modo romántico. Pues aunque la misma formalmente la soportan todas las parejas en el centro comercial COSMOCENTRO, en definitiva sólo produjo consecuencias fácticas desiguales para el caso de estos dos jóvenes, en razón de su homosexualidad, con limitación del goce efectivo de sus derechos fundamentales de libertad individual, dignificante y personalísima.

La medida aparentemente neutral –que se repite, aún así tampoco sería permitida constitucionalmente- que en principio no implicaba factores diferenciadores entre parejas heterosexuales y homosexuales, produjo desigualdades de facto entre unas y otras, constituyendo por su efecto adverso exclusivo, el tipo indirecto de discriminación por orientación sexual diversa.

111. Por último conviene observar que COSMOCENTRO también señala que este es un caso aislado y que al contrario, el centro comercial tiene evidencias que muestran su tolerancia con la población LGTB, como fue el acto llamado “besatón” desplegado por alrededor de 20 miembros de esa comunidad, ocurrido el 23 de enero en el centro comercial. Esta, se dice por el centro comercial, es una *“demostración inequívoca del respeto del centro comercial a los derechos fundamentales de libertad (...) Desconocer lo anterior supondría imputarle al centro comercial prácticas que riñen con sus postulados y principios orientadores consagrados en el propio reglamento de propiedad horizontal (...)”* (folio 66, cuaderno principal).

Pues bien, al respecto conviene formular dos precisiones que a juicio de la Sala son relevantes.

La primera, es que la singularidad de un caso de violación de derechos fundamentales en general y en particular por discriminación en razón de la orientación sexual diversa, no puede, por ese solo hecho desecharse. Cada posición jurídica *iusfundamental* es especialmente valiosa en el Estado constitucional y en caso de ser alegada y demostrada, debe ser reconocida y reparada en tanto resulte posible así ordenarlo por el juez e imponerlo a quien aparezca como responsable. Más aún con referencia a actos que van en contra de miembros pertenecientes a los grupos históricamente discriminados por miedos y prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables, pues en estos casos, la actuación que se reprocha aunque afecta a individuos en concreto, opera en definitiva como una manifestación más en contra de la población, comunidad o colectivo objeto de discriminación. Por ello es importante que en estos casos se pronuncie el juez constitucional, por ello también es importante que quien por acción u omisión ha permitido los tratos desiguales, reconozca la entidad contraria a los derechos fundamentales de tal conducta y en esa medida, procure la reparación en concreto y además promueva las acciones necesarias para que otros hechos como ese, no se vuelvan a presentar.

La segunda, con respecto a la “besatón” que se aduce por COSMOCENTRO como prueba en contrario de la discriminación imputada, debe la Sala aclarar que si bien este acto fue tolerado por el centro comercial, hay que tener presente que ocurrió días después de sucedidos los hechos del proceso, fue promovido no por COSMOCENTRO sino por miembros de la población LGBT de Cali y además, su vocación no fue otra que la de protestar contra la restricción ilegítima dispuesta en contra de dos de sus miembros, Jimmy Moreno y Robbie Pérez. En ese sentido, mal puede operar como argumento que excluye al centro comercial de responsabilidad por el concepto que aquí se analiza.

2.7.3.3. Las órdenes

112. Con base en lo anterior resulta claro que la Sala en primer término deberá revocar tanto la sentencia de primera como la sentencia de segunda instancia, producidas durante el trámite de la tutela.

La primera porque olvidó que ante violaciones de derechos fundamentales, se aplica el régimen común de la responsabilidad contractual y extracontractual de las personas jurídicas por los hechos de sus dependientes o agentes. En esa medida, el acto del vigilante no podía ser desconocido como un acto que representara, como en efecto lo hizo, tanto al centro comercial COSMOCENTRO como a la empresa de vigilancia FORTOX, en su propósito de velar por el buen comportamiento social de las personas que acuden al mismo.

La sentencia del *Ad quem* se revocará en tanto estimó que no debían tutelarse los derechos objeto de reclamo, pues la decisión del guardia sólo representaba el ejercicio adecuado de las funciones de vigilancia, para asegurar el mantenimiento del orden público en un centro comercial. En esta consideración se desconocen el principio de legalidad que exige la limitación de las libertades, además de los estrechos límites que las empresas de vigilancia poseen en materia de colaborar con la preservación de la seguridad y tranquilidad públicas y que en el caso concreto, no se rebasaron por parte del accionante y su pareja.

Es pertinente en este punto resaltar que, del estudio de la sentencia de segunda instancia se evidencia que la decisión adoptada por el *Ad quem* carece de argumentación suficiente y de sustento normativo. Esto, por cuanto las consideraciones de la sentencia desconocen abiertamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la normatividad internacional en torno a la discriminación en razón de la orientación sexual.

113. En su lugar se deberán tutelar los derechos reclamados, tanto en cuanto a la protección de los ámbitos de libertad personalísima, como frente a la no discriminación por orientación sexual diversa, por cuanto se ha demostrado su violación efectiva.

114. Y para los efectos de reparar los derechos vulnerados, siguiendo la propia solicitud del accionante (folio 22 cuaderno principal), la Sala entonces dispondrá que se ordene al representante legal tanto del centro comercial COSMOCENTRO como al de la empresa FORTOX SECURITY GROUP, ofrecer excusa escrita y pública al señor Jimmy Moreno, por los hechos que motivaron la presente acción. También se ordenará al Centro Comercial COSMOCENTRO y a la empresa de seguridad FORTOX aclarar por todos los medios adecuados y eficaces, en particular a quienes ejercen funciones de seguridad, que no forma parte del poder de vigilancia y de defensa de los intereses de la copropiedad, la restricción de ámbitos de la libertad individual y de respeto a la igualdad y a la diferencia, incluidas las opciones sexuales diversas y sus razonables y naturales manifestaciones de afecto, en público y sin reservas distintas de las que imponga el orden jurídico a todas las parejas. A tales efectos entre otros medios, se empleará la difusión de esta sentencia.

115. Por último se ordenará tanto al Centro Comercial COSMOCENTRO y a la empresa FORTOX, por separado, organizar sendos cursos de derechos humanos que involucre charlas sobre discriminación y sobre derechos fundamentales a la igualdad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, con referencia especial al derecho a la libre opción sexual, curso que será impartido de manera gratuita por la Defensoría del Pueblo Regional Valle.

El curso de COSMOCENTRO deberá ser dirigido a sus empleados directos, a los representantes de sus contratistas, a los representantes de los dueños o arrendatarios de los locales, que tengan relación con los visitantes del mismo. FORTOX deberá ofrecerlo a todos sus vigilantes que laboren o deban laborar en espacios abiertos al público.

116. De esta manera las empresas vinculadas con los hechos del caso, se ven llamadas a asumir la responsabilidad como particulares que ejercen poder de subordinación o indefensión frente a otros sujetos, en este caso frente a Jimmy Moreno y su pareja, por la vulneración simple mas especialmente afrentosa que han sufrido sobre su derecho a la libertad y a la igualdad fundamentales.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo de 17 de mayo de 2011, proferido por el Juez Dieciocho Penal del Circuito de Cali, que a su vez confirmó el fallo de 1 de abril del mismo año procedente del Juez 11 Penal Municipal de la misma ciudad, que negó el amparo de los derechos invocados por el peticionario. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la no discriminación y a la intimidad.

Segundo.- ORDENAR al representante legal del centro comercial COSMOCENTRO y al representante legal de la empresa FORTOX SECURITY GROUP que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, presente excusa escrita y pública al señor Jimmy Moreno, por los hechos que motivaron la presente acción.

Tercero.- ORDENAR al representante legal del centro comercial COSMOCENTRO y al representante legal de la empresa FORTOX SECURITY GROUP que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, desarrollen un programa para la difusión del presente fallo como forma de explicar el alcance de su función de vigilancia y los límites frente a los derechos fundamentales a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad y el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas que los visitan.

Cuarto.- ORDENAR al representante legal del centro comercial COSMOCENTRO y al representante legal de la empresa FORTOX SECURITY GROUP que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, organicen por separado, un curso de derechos humanos, dirigido en el primer caso a los empleados directos e indirectos del centro comercial, a los representantes de sus contratistas y a los representantes de los dueños o arrendatarios de los locales. FORTOX deberá ofrecerlo a todos sus vigilantes que laboren o deban laborar en espacios abiertos al público. Cada curso deberá incluir charlas sobre el principio de no discriminación y los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana y

libre desarrollo de la personalidad, que involucran el derecho a la libre opción sexual. Dichos cursos serán impartidos de manera gratuita por la Defensoría del Pueblo Regional Valle.

Quinto.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Por la Secretaría General de esta Corporación, ofíciese a la entidad referida para que coordine y designe la comisión pertinente para tal fin.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JUAN CARLOS HENAO
Presidente

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A LA SENTENCIA T-909/11**

ACCION DE TUTELA CONTRA CENTRO COMERCIAL-Falta de elementos probatorios de una actitud discriminatoria del vigilante hacia pareja del mismo sexo quien se estaba besando (Salvamento de voto)

CATEGORIZACION DEL BESO-Valoración (Salvamento de voto)

Beso social. Se da incluso entre desconocidos, como una forma aceptada de saludo o de despedida. Beso afectuoso. Se da como manifestación de afecto, en diversos grados y modalidades. Filial, entre parejas, entre amigos. Beso de placer, como forma de proporcionar y de recibir placer sexual. Puede sobreponerse o no con el afectuoso. De ordinario, algunas modalidades extremas de beso afectuoso y el beso de placer sexual se entienden reservados para los ámbitos privados, y, excepcionalmente, semiprivados. Aparece, entonces, el aspecto de valoración. Los códigos de corrección social. Si bien resulta problemático el valor que puedan tener y parece claro que no se pueden imponer unilateralmente los mismos estándares para todos, si hay patrones de lo admisible o lo intolerable, conforme a ciertos criterios de corrección social. Hay besos que pueden parecer impropios para algunos, o para conjuntos amplios de personas, incluso para la mayoría, pero que no dan lugar a reacción institucional. Simplemente a expresiones de reprobación o de rechazo que son, igualmente, ejercicio de la libertad expresiva. Pero en ciertos contextos, la intensidad y la duración de la manifestación amorosa pueden dar lugar a un rechazo más amplio, e, incluso, a una reacción de tipo institucional. Es determinante también el lugar. Hay espacios que, no obstante estar abiertos al público, ofrecen mayor privacidad, como una cafetería, o un bar, en que el nivel de aceptación de ciertas conductas es mayor, aunque hay también espacios más privados en los cuales, por el contrario, el nivel de aceptación puede ser aún menor, por lo impropio de ciertas conductas, como, por ejemplo las salas de espera de un consultorio médico. Otras circunstancias también son relevantes. Una calle solitaria, a la luz de un farol, si no hay problemas de seguridad, parecería el escenario propicio para un intenso beso romántico. Pero la misma calle, a una hora distinta, a plena luz del día, atestada de familias con niños, no parecería el escenario adecuado para una manifestación de afecto que provoque suspiros y expresiones de placer.

ACCION DE TUTELA CONTRA CENTRO COMERCIAL-No existen elementos que permitan afirmar que hubo discriminación en razón de la orientación sexual ante llamado de atención del vigilante sobre beso de la pareja homosexual (Salvamento de voto)

DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA DIGNIDAD-No son absolutos (Salvamento de voto)

DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL-Besos románticos como manifestación de afecto deben realizarse en un espacio privado y no en público ni menos en condiciones que puedan dar lugar a escándalo (Salvamento de voto)

Magistrado Ponente:
JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, el suscrito magistrado expone a continuación las razones por las cuales se aparta de la decisión mayoritaria, adoptada en la Sentencia T-909 de 2011.

En esta oportunidad, la Sala Tercera de Revisión decidió el caso de una pareja homosexual cuyos integrantes estimaban haber sido discriminados por cuenta de la actitud de un celador en un centro comercial de Cali que, ante el hecho de estar besándose en público, les llamó la atención y les manifestó que de no comportarse serían desalojados del establecimiento.

En la sentencia de la que me aparto se decidió conceder el amparo contra el centro comercial y contra la compañía de vigilancia en la que trabaja el celador, sobre la base de que la acción de uno de sus agentes, el vigilante, les es imputable y que dicha acción denota un tratamiento discriminatorio en razón de la orientación sexual así como una injerencia indebida de una agente de vigilancia privada en esferas de libertad no susceptibles de limitarse por esa vía.

Aunque comparto el sentido protector que tiene la decisión mayoritaria en relación con personas pertenecientes a un grupo poblacional tradicionalmente marginado y soy consciente de que, ciertamente, en este campo, puede haber prácticas discriminatorias, que conduzcan a una valoración diferente, incluso inadvertida, aplicando diferentes estándares a parejas homosexuales y a parejas heterosexuales y que es necesario avanzar en la promoción de una cultura de tolerancia que acepte para la comunidad homosexual cierto tipo de expresiones de afecto en público, que se consideran usuales entre parejas heterosexuales, estimo que para la adopción de la decisión, hizo falta un mayor sustento probatorio, en ausencia del cual se corre el riesgo de que, para promover una causa, justa cuando se considera en abstracto, se instrumentalice a personas o a instituciones.

En este sentido, no me parece de recibo utilizar como objeto de expiación a unas personas, el o los vigilantes y las empresas accionadas, a quienes, sin mayores espacios para la defensa, se les atribuye una conducta discriminatoria

que no está establecida y a quienes se les imponen ciertas medidas de reparación y de compensación sobre la base de presumir un ánimo discriminatorio o de intolerancia que, al menos expresamente, ellos han manifestado repudiar. En efecto, el celador manifestó que respetaba a las opciones personales de aquellos a quienes amonestó y, tanto la compañía de vigilancia como el centro comercial, han manifestado que respetan las expresiones sexuales diversas y que no tienen predeterminada ninguna medida que implique una diferencia de trato en razón de esa diversidad.

Lo anterior pone en evidencia la existencia de ciertos problemas procesales de la acción de tutela, que tienen repercusiones sustantivas.

Así, los hechos que dan lugar a la solicitud de amparo tuvieron lugar el 19 de enero de 2011, pero la tutela sólo se interpuso en la segunda quincena del mes de marzo del mismo año. Como quiera que el detalle de los elementos fácticos que dan lugar a la solicitud de amparo resulta crucial para la solución del caso, se aprecia, por un lado, una dificultad probatoria para, sobre un evento de la naturaleza del narrado, obtener evidencia testimonial con ese transcurso de tiempo. Además hay una desventaja procesal de las personas jurídicas accionadas puesto que, al paso que la Defensoría del Pueblo, que actúa como accionante en este caso, parece haber tenido tiempo suficiente para desplegar una actividad probatoria, a dichas personas solo se les solicitó dar una versión de los hechos, en la que se manifiestan contrarias a todo acto de discriminación, razón por la cual, razonablemente, podrían suponer que no era preciso aportar mayores elementos de evidencia.

En la sentencia, en la parte de antecedentes, no se hace un recuento de ciertos elementos de convicción que luego se esgrimen en la parte considerativa y cuyo análisis resulta imprescindible para la solución del caso, porque serían el presupuesto, al menos parcial, a partir del cual se establece la existencia de una actitud discriminatoria. Se trata de registros visuales contenidos en un CD, conforme a los cuales, se afirma, se puede apreciar a parejas heterosexuales que se abrazan y se besan en espacios abiertos del centro comercial, a plena luz del día, sin ser abordadas por miembros de seguridad del mismo para que no se “*sobrepasen*”.

Sobre esa evidencia caben varios interrogantes: ¿Quién ordenó la prueba? ¿Fue dispuesta por el juez? Se realizó un día cualquiera, de manera aleatoria, en circunstancias similares a las propias del día en el que se dieron los hechos que motivan la solicitud de amparo? ¿Fueron puestas en conocimiento de las accionadas y se les solicitó una manifestación sobre las mismas?, esto es, ¿hubo oportunidad para controvertirlas? Fueron practicadas por la Defensoría de manera previa a la presentación de la acción?, o ¿fueron aportadas por los afectados?. En la ponencia se relacionan unas imágenes obtenidas por la Unidad Operativa de Investigación Criminal, Regional del Valle del Cauca, pero no se da cuenta de las circunstancias en las que se obtuvieron, ni del contenido de las mismas. No se describe el tipo de comportamiento registrado, puesto que la expresión conforme a la cual en las mismas se aprecia a parejas heterosexuales que se besan y se abrazan tiene un alto grado de

indeterminación, ¿se trata de fotografías, que no permiten establecer, ni la duración, ni las circunstancias de las manifestaciones de afecto? O ¿existen videos? En este último caso, ¿cuál es la confiabilidad de la prueba? ¿Son expresiones espontáneas o puede tratarse de una representación orientada a ilustrar un punto?

Ese debate, del que no se da cuenta en la sentencia, conduce a otra consideración en torno al sentido de la misma, puesto que los elementos fácticos y su interpretación normativa eran cruciales en este caso.

Cabe observar que la prueba solo documenta lo que se afirma es una conducta usual en el establecimiento, pero no da cuenta de cuál fue la conducta que provocó la reacción del servicio de vigilancia. Lo cierto es que los accionados coinciden en afirmar que la conducta, *per se*, habría sido objeto de reconvencción, independientemente de la orientación sexual de los protagonistas.

Eso hacía imperativo establecer cuál fue la conducta que provocó la reacción del servicio de vigilancia en este caso concreto. ¿Se trataba de una manifestación de “*libertad pura*” para darse besos, como, sin soporte probatorio, se plantea en la sentencia?, o ¿se trataba de un acto deliberadamente transgresor de códigos sociales de comportamiento, orientado a establecer un precedente fáctico que dé pie a algún tipo de acción afirmativa, como hipótesis que cabría aventurar y que no encuentra, ni constatación, ni refutación en el expediente?

Este debate no se puede minimizar, como se hace en la sentencia, sino que, por el contrario, alrededor del mismo giraban, tanto la solución del caso, como los eventuales avances jurisprudenciales que fuese posible hacer en torno a los derechos de las parejas homosexuales y la libertad de expresión de afectos en público.

En ese contexto pueden plantearse otros aspectos relevantes.

¿Qué tipo de comportamiento puede ser objeto de reproche y de cierto tipo de medida restrictiva en un establecimiento abierto al público?

Las consideraciones que se hacen en la sentencia sobre la capacidad de los cuerpos de vigilancia en espacios privados abiertos al público parecen excesivamente restrictivas. Hay manifestaciones que, no obstante no ser constitutivas de contravención, si serían susceptibles de algún tipo de censura y control preventivo por los servicios de vigilancia en espacios abiertos al público, tales como actividades de higiene personal, manifestaciones desbordadas de afecto con connotaciones sexuales que, se acepta socialmente, están reservadas para espacios privados o, al menos, semi-privados, el control sobre manifestaciones de agresividad, como una riña verbal, con lenguaje soez y voz alta. De hecho, resulta ambigua la respuesta que se plantea en la sentencia frente a la eventualidad de actos claramente obscenos. ¿Cabe algún tipo de medida por los encargados de la vigilancia privada? Y resulta relevante también la pregunta sobre el tipo de medida. Una cosa es que el

establecimiento o sus agentes decidan imponer algún tipo de sanción, como retención o decomiso de elementos y otra es la posibilidad de que se realice un llamado de atención y, en un grado más allá, que dicho llamado de atención se acompañe de la advertencia de expulsión y, finalmente, de que tal advertencia se haga efectiva con el uso efectivo o implícito, de cierto grado de fuerza.

Otro elemento que en mi criterio requería una mayor consideración de aquella que se incorporó en la sentencia tiene que ver con el beso como tal, que es la conducta en torno a la cual gira toda la controversia.

Con la expresión “*beso*” se puede denotar una multiplicidad de conductas de contenido muy diverso. Así, por ejemplo, está el beso de saludo, que se da aproximando las mejillas por momentos muy breves, que en nuestro medio es común entre hombres y mujeres, así como entre mujeres, pero no es usual entre hombres. Un beso de este tipo entre hombres parecería raro, sería llamativo, podría, incluso, incomodar a algunos, pero no parece probable que genere algún tipo de reacción, y menos institucional. Cabría suponer, eventualmente, algún tipo de reacción por personas o grupos extremistas, pero no es probable una reacción del tipo de la que se trata en este caso. Está, también, el beso de saludo entre parejas. Es distinto, existe mayor contacto, implica beso en los labios, con distintos grados de intensidad. Hay contextos y situaciones que pueden dar lugar a expresiones de mayor intensidad. Situación de júbilo generalizado (fin de una guerra; un éxito deportivo, un carnaval; un encuentro tras una larga separación); encuentro casual entre amigos “*íntimos*”; encuentro ordinario entre integrantes de una pareja que se besan afectuosamente. Tampoco parecería ser el tipo de situación que se dio en este caso. Está también el beso apasionado o romántico, entre parejas, como expresión de algún tipo de actividad sexual. Puede ir acompañado de caricias y darse en la boca, en el cuello y en otras partes del cuerpo.

Los hechos del caso, tal como obran en el expediente y según el recuento que se hace en la sentencia, dan lugar a pensar en que la controversia se planteó por un beso o un conjunto de besos durante un periodo prolongado, conducta cuya supresión o moderación fue lo que se solicitó.

Una categorización podría ser la siguiente:

Beso social. Se da incluso entre desconocidos, como una forma aceptada de saludo o de despedida.

Beso afectuoso. Se da como manifestación de afecto, en diversos grados y modalidades. Filial, entre parejas, entre amigos.

Beso de placer, como forma de proporcionar y de recibir placer sexual. Puede sobreponerse o no con el afectuoso.

De ordinario, algunas modalidades extremas de beso afectuoso y el beso de placer sexual se entienden reservados para los ámbitos privados, y, excepcionalmente, semiprivados.

Aparece, entonces, el aspecto de valoración. Los códigos de corrección social. Si bien resulta problemático el valor que puedan tener y parece claro que no se pueden imponer unilateralmente los mismos estándares para todos, si hay patrones de lo admisible o lo intolerable, conforme a ciertos criterios de corrección social.

Hay besos que pueden parecer impropios para algunos, o para conjuntos amplios de personas, incluso para la mayoría, pero que no dan lugar a reacción institucional. Simplemente a expresiones de reprobación o de rechazo que son, igualmente, ejercicio de la libertad expresiva.

Pero en ciertos contextos, la intensidad y la duración de la manifestación amorosa pueden dar lugar a un rechazo más amplio, e, incluso, a una reacción de tipo institucional.

Es determinante también el lugar. Hay espacios que, no obstante estar abiertos al público, ofrecen mayor privacidad, como una cafetería, o un bar, en el que nivel de aceptación de ciertas conductas es mayor, aunque hay también espacios más privados en los cuales, por el contrario, el nivel de aceptación puede ser aún menor, por lo impropio de ciertas conductas, como, por ejemplo las salas de espera de un consultorio médico. Otras circunstancias también son relevantes. Una calle solitaria, a la luz de un farol, si no hay problemas de seguridad, parecería el escenario propicio para un intenso beso romántico. Pero la misma calle, a una hora distinta, a plena luz del día, atestada de familias con niños, no parecería el escenario adecuado para una manifestación de afecto que provoque suspiros y expresiones de placer.

En este caso, para establecer si hay discriminación habría que determinar cuál fue la conducta objeto de amonestación, para, luego, establecer si se dan conductas similares entre parejas heterosexuales que no sean objeto de dicha censura.

En primer lugar, es claro que no se trató de un beso de saludo, ni de un beso de saludo entre integrantes de una pareja. Tampoco un beso o unos besos casuales, como expresión de afecto (unos picos en un arranque amoroso). La sola manifestación “*estaban besándose*” denota una actividad que se extiende en el tiempo. Un beso prolongado o una sucesión de besos.

La manera como, en la misma solicitud de amparo, se describen los hechos, permite inferir, además, que se trataba de una actividad, no solo prolongada, sino, además, llamativa, al punto de que acudieron, no uno, ni dos, sino cinco vigilantes, a transmitir y respaldar la voz de amonestación.

Esa inferencia debiera conducir a que, para establecer los hechos se tomase declaración de sus protagonistas, los integrantes de la pareja y el vigilante, o los vigilantes que los increparon, y los demás vigilantes que los habrían acompañado, y, de ser posible, de testigos. Pero eso no se hizo, y no parecía probable, por el tiempo transcurrido, obtener en sede de revisión una versión objetiva de los hechos.

Al vigilante, que en la sentencia se identifica con nombre propio, que habría sido el actor directo de la conducta censurable, ni siquiera se le interrogó, para preguntarle cuál fue el comportamiento que observó, cuales las razones que le llevaron a actuar, cómo lo hizo, cuáles fueron las circunstancias de su actuación, qué dijo, cómo lo dijo, quién lo respaldó, cual fue la reacción de sus interlocutores, etc.

En cuanto a la decisión, no parece haber correspondencia entre las manifestaciones de las entidades accionadas y las medidas que se les imponen, a título de imputación de la conducta del vigilante.

No hay en las accionadas reafirmación sobre la actitud discriminatoria, sino, por el contrario, la afirmación de que, si la hubo, fue en contravía con su percepción del respeto a la diversidad con el que debe procederse en el centro comercial. Se puso en evidencia la tolerancia a actividades de reivindicación realizadas por la comunidad homosexual. No es claro que en ese contexto les pueda ser atribuible una responsabilidad por la actuación del vigilante.

Al analizar los hechos, tal como obran en el expediente, se puede apreciar:

No está acreditado el ánimo discriminatorio. Por el contrario, la manifestación del vigilante, de manera expresa, tal como se narra por los propios afectados, fue respetuosa de la orientación sexual diversa. Lo mismo cabe señalar del centro comercial y, en menor medida, de la compañía de vigilancia. En ningún caso han avalado una conducta discriminatoria, han hecho expresa manifestación de su oposición, su rechazo y censura a cualquier expresión de discriminación.

¿Cuál es, entonces, el fundamento para imponerles una sanción, pedir disculpas y hacer cursos de derechos humanos?

Hay dos manifestaciones contradictorias: La de la pareja que afirma que simplemente se estaban besando (expresión, que de por sí, como se ha dicho, puede resultar ambigua) y las del centro comercial y de la compañía de vigilancia, que dan a entender que las manifestaciones de afecto rebasaban los límites de lo que, dentro de determinada concepción, puede considerarse como un comportamiento público adecuado. Expresan, además las accionadas, que el mismo comportamiento sería objeto de censura si quien lo realizara fuera una pareja heterosexual.

En ese escenario, entonces, el debate primario no puede centrarse sobre la discriminación en razón de la orientación sexual, sino sobre los comportamientos que resultan admisibles o no en público, y la posibilidad que tienen agentes privados de tomar ciertas medidas de censura o de control.

Las pruebas que, sin describirse en los antecedentes, se toman como referencia al final para decir que es usual ver a parejas heterosexuales besándose en espacios abiertos público, sin que ello haya provocado reacción, no son demostrativas de nada distinto de eso, esto es, que determinadas expresiones

de afecto son comunes en el centro comercial, pero no dan cuenta de la naturaleza de las expresiones concretas que tuvieron lugar entre los afectados.

Si, como afirman los demandantes, fueron cinco vigilantes los que se acercaron, una aproximación conforme a reglas de experiencia llevaría concluir que lo que provocó la reacción del servicio de vigilancia no fue una manifestación inocente y casual de afecto, sino una que llamó la atención, al punto de provocar la movilización de cinco vigilantes. En la sentencia se señala que esta valoración, que estimo el quid de la cuestión, es irrelevante, porque, *a priori*, se da por descontado que se trataba de un inocente beso y que la razón de la reconvencción fue el tratarse de un pareja homosexual. Eso no está establecido y la inversión de la carga de la prueba que se propone no parece razonable, menos aún si ni siquiera se interroga al protagonista de los hechos. ¿Por qué hizo el llamado de atención? ¿Fue solo o acudió con otros compañeros? si lo segundo, ¿por qué razón? ¿Su advertencia de los hechos fue casual o acudió por solicitud de visitantes del establecimiento? ¿Qué tipo de conductas estaban desplegando las personas reconvenidas?

La sentencia se extiende en reiteraciones jurisprudenciales sobre hechos y reglas suficientemente consolidadas, pero no se centra en el problema relevante: ¿Qué tipo de comportamientos son susceptibles de censura cuando se realizan en público? ¿Por cuenta de quién? ¿Qué tipo de limitaciones resultan admisibles?.

No hay, por otra parte, ningún elemento que permita afirmar que hubo discriminación en razón de la orientación sexual. A partir de los elementos que obran en el expediente, se podría asumir que, independientemente de la valoración que se haga sobre si es indebida o no, se está ante una restricción de cierto tipo de manifestaciones de afecto, aplicable a cualquier tipo de pareja o conjunto humano.

Estimo que, en el anterior contexto, la solución adoptada por la mayoría resulta lesiva de los derechos del vigilante, del centro comercial y de la compañía de vigilancia, que se ven estigmatizados, al verse obligados a pedir perdón por lo, que por vía de ejemplo, como una mera probabilidad, pudo ser un acto deliberado de provocación, orientado a obtener determinados efectos políticos y jurídicos en la promoción de los derechos de la comunidad homosexual. Es una posibilidad que no se ha descartado probatoriamente, que la intervención del vigilante se haya producido frente a un acto claramente inapropiado, por la naturaleza del beso, su duración, las caricias o los gestos con el que se acompañaba, el ánimo, si se puede llamar así, exhibicionista o desafiante con el que se llevaba a cabo.

De ordinario las manifestaciones de afecto, aún en lugares públicos son reservadas porque hacen parte de una esfera privada, que aun en esos escenarios, en doble vía, se procura mantener al margen de los demás, tanto para preservar la propia privacidad, como para no incomodar a otros con manifestaciones que no les conciernen. Por el contrario, la actitud de trasgresión, de desafío de quien actúa para provocar, para llamar la atención,

no puede recibir la misma valoración. Y si ese es el caso, la decisión que se propone estaría permitiendo instrumentalizar al vigilante, a quien ni siquiera se le dio la oportunidad de expresarse en el proceso y que no obstante no ser destinatario directo de una orden, sí queda señalado como el autor del acto discriminatorio; al centro comercial y a la compañía de vigilancia. Sí, el mensaje en abstracto puede ser válido, pero se produce a costa de instrumentalizar a ciertas personas otros para la promoción de una causa.

Las anteriores observaciones pueden complementarse con algunas consideraciones puntuales.

1. Al identificar los problemas jurídicos, en la sentencia se da por sentado lo que debería ser objeto de debate probatorio en el proceso, el cual se trivializa, en la medida en que, a partir de allí, todo se resuelve con base en una premisa cuya respuesta normativa no admite discusión.

En efecto, sin que se pongan de presente los fundamentos probatorios que sirven de respaldo, se afirma que la conducta que provocó la reacción de los vigilantes, o de al menos uno de ellos, fue, simplemente, la de besarse en público, sin problematizar el alcance de esa expresión. (Duración del beso, intensidad, circunstancias). De lo anterior se desprende la premisa conforme a la cual existe un derecho a besarse en lugares públicos el cual habría sido reprimido.

Sin embargo, a partir de los mismos hechos narrados en los antecedentes, y desde una perspectiva valorativa distinta, que igualmente sería inapropiada en esta parte de la providencia, también podría preguntarse, predeterminando la respuesta, si resulta lesivo de los derechos de los integrantes de una pareja el que, ante una conducta manifiestamente inapropiada, se les solicite moderación y compostura o que, de lo contrario, abandonen el centro comercial.

En ambos casos, se parte de premisas no establecidas probatoriamente y que predeterminan la respuesta. Ello resulta contrario a la pretensión de neutralidad que debe presidir la actuación judicial, y que impone aproximarse a los problemas de manera imparcial, con el propósito de encontrar la respuesta correcta, sin hacerlo predeterminando la respuesta que se racionalizará después.

2. No creo que pueda trasladarse, sin matices, la jurisprudencia civil sobre imputabilidad de la conducta de los agentes de las personas jurídicas, al campo de los derechos fundamentales.

3. Ningún derecho es absoluto. La libertad de exteriorizar expresiones de afecto no puede conducir a situaciones de abuso. Estimo que sería preciso matizar la expresión decidida de la defensa de la libertad de unos, con una consideración sobre el derecho de otros a no verse sometidos a conductas que desborden ciertos estándares de corrección social. En este escenario, me parece de un positivismo extremo exigir que para esto último deba acudir a

una taxativa enunciación legal de los límites exigibles, sin acudir a conceptos constitucionalmente admisibles, como el de moral social, por ejemplo.

Frente a algunas consideraciones de la sentencia sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad cabría preguntar si, de alguna manera, se renuncia a la intimidad cuando, de manera libre, alguien decide llevar a escenarios públicos las manifestaciones que deberían hacerse en privado.

4. Las limitaciones a la libertad no son solo las que resulten de las leyes que definen las penas y las contravenciones, ni las sanciones son solo las que pueden imponer las autoridades competentes en esos eventos, sino que hay ciertas pautas de conducta cuya infracción puede conducir a sanciones sociales no censurables jurídicamente.

5. La labor de las compañías de vigilancia privada no puede reducirse, por vía de una regla jurisprudencial con pretensiones de generalidad, a aspectos estrictamente relacionados con la seguridad, sino que pueden tener injerencia en la preservación de ciertas condiciones de convivencia.

6. Me parece inapropiada la premisa que se consigna en el numeral 72, página 42 de la sentencia. Se dice allí que no es relevante determinar cuál era el número de vigilantes que intervino, cuando, como se ha visto, eso puede arrojar luces sobre el contexto en el que se desarrolló la acción. Es distinta la acción aislada y, en gracia de discusión arbitraria, de un solo vigilante, que la acción concertada de un grupo de ellos que coinciden en la apreciación sobre lo inapropiado de una conducta. Se afirma, además, que tampoco resulta relevante la cortesía o educación con la que se hizo la amonestación, cuando por el contrario, es completamente distinta la increpación de quien de manera agresiva hacia la personalidad y la condición de otro le reprocha una conducta en términos descomedidos, a la de quien, como se expresa en la misma demanda, solicita de manera cortés, previa expresión del respeto por la orientación sexual diversa claramente manifestada, que haya corrección el comportamiento. Hay allí una apreciación valorativa que no se puede desconocer y que sería necesario dilucidar. ¿Qué fue lo que el vigilante o el conjunto de vigilantes consideró inapropiado, al punto de requerir una amonestación? Eso no puede calificarse como irrelevante para el caso, sino que, por el contrario, constituye la esencia del mismo.

Luego, en el numeral siguiente, de manera contradictoria, se dice, primero, que no es del caso entrar en disquisiciones sobre los anteriores aspectos, para acotar después que la calidad de obsceno o no del hecho sería determinante para establecer si las medidas de represión empleadas eran legítimas o no.

Cabe anotar que, sin elaboración conceptual previa, en este párrafo se restringe la posibilidad de una medida de amonestación o llamado de atención a las conductas que puedan calificarse como obscenas, sin precisar el alcance de ese calificativo, ni las razones por las cuales conductas que no alcancen ese grado, no podrían ser objeto de algún tipo de llamado de atención y de limitación.

Luego se señala que las empresas accionadas afirman que la conducta del vigilante no se puede atribuir a la condición homosexual de sus destinatarios sino a los excesos en sus manifestaciones de afecto.

Todo parecería indicar que en el expediente debería existir alguna diligencia probatoria orientada a establecer si existieron tales excesos o si la conducta desplegada por los afectados puede ser calificada como excesiva o inapropiada. Y del mismo modo se dice que las entidades señalan que igual reprobación merecerían tales excesos si se realizan por una pareja heterosexual. Tampoco hay una diligencia probatoria orientada a mostrar que conductas excesivas también se despliegan por parejas heterosexuales sin consecuencia. Simplemente se señala, sin desvirtuarlas, sin hacer ninguna indagación, sin interrogar a los protagonistas de lado y lado, que tales afirmaciones no son suficientes para establecer la obscenidad del beso. Se complementa lo anterior señalando que ninguno de los intervinientes alegó la obscenidad del beso.

Se incurre así en dos dificultades: Primero, no se puede dar por probado que la conducta era socialmente aceptable y no merecedora de reproche, independientemente de la orientación sexual de los sujetos; segundo, no se ha establecido, con fundamentación jurídica, que solo las conductas obscenas puedan ser objeto de un llamado de atención.

A renglón seguido, el aspecto central de todo el proceso, infundadamente, se resuelve señalando que como no se ha probado, sin que ni siquiera se haya dado la oportunidad para hacerlo o planteado la necesidad de hacerlo, que el beso no era obsceno y que a lo sumo fue un beso romántico, sin precisar lo que se entiende por beso romántico, y carente de los excesos eróticos y sexuales que podrían haberlo convertido en un hecho reprobable. ¿De donde surge esa conclusión? Los accionados expresan que existió un comportamiento inapropiado frente al cual, se dio un simple llamado a comportarse, precedido de una manifestación de respeto por las opciones personales de los destinatarios, sin que en la sentencia se dé por probado que hubo amenaza de desalojo o de uso de la fuerza. ¿Dónde están los elementos fácticos para dar por establecida una violación de derechos que amerite una sanción ejemplarizante?

En la página 45 de la sentencia, en el acápite de “*elementos objetivos*” se parte de un supuesto no establecido – o dado por cierto sin soporte probatorio – que se trataba de un simple beso. Pero, además, se señala que la reprobación invade ámbitos tan íntimos y personalísimos como las manifestaciones de afecto y los besos románticos entre pareja, cuando, precisamente por esa condición deben reservarse para los espacios privados y no realizarse en público, ni menos en condiciones que puedan dar lugar a escándalo. Se habla de la indefensión de la pareja, pero ¿no cabría indagar también sobre una posible indefensión de quienes acuden al centro comercial, ante una actitud eventualmente arbitraria de quien decide transgredir pautas de conducta tradicionalmente observadas. Esta necesidad procesal se elude con el recurso a

dar por establecido, *ab initio* y sin espacio de controversia, que se trataba de un beso romántico expresión de libertad pura.

En la página 53 se afirma que hay discriminación y se atribuye a la conducta del vigilante un carácter prejuicioso, cuando, no obstante que es posible que tal ánimo haya existido, nada en el expediente indica que ello haya sido así, sino que por el contrario, hay expresión de que lo que se censuró fue una conducta que independientemente de la orientación sexual de sus protagonistas, se consideró excesiva.

Las pruebas aportadas, cuyo contenido no se hace explícito, no sirven para establecer la discriminación, porque ni dan cuenta de la conducta que efectivamente se desplegó por los afectados, ni permiten establecer que las conductas que se registraron son equivalentes a la que fue objeto de represión. Ni siquiera se ha establecido si en alguna otra oportunidad, algún tipo de conducta similar ha sido objeto de algún llamado de atención.

La restricción a las funciones de quienes se ocupan de la vigilancia en un centro comercial son excesivas. No se trata, como se expresa en la sentencia, de que ni los centros comerciales, ni sus agentes, tienen competencia para limitar o para violar derechos, sino de establecer si las personas tienen límites en su comportamiento público en tales centros y si frente a ciertos excesos existe un margen de acción de dichos agentes que no exija la acción de las autoridades de policía. Es claro que las propiedades horizontales no pueden restringir los ámbitos iusfundamentales de las libertades individuales; lo que resulta problemático, pero en la sentencia no se aborda, es establecer el tipo de limitaciones que sí es posible establecer en los reglamentos de dichas propiedades.

Se habla, en la página 52, de disminución arbitraria de las opciones de libertad, cuando lo que está documentado es que se dio un llamado de atención por lo que se consideró una conducta inapropiada. No se interrogó a los integrantes de la pareja para establecer cuál era la naturaleza de los besos, ni al vigilante para determinar por qué los consideró inapropiados. Sin esas bases, la sentencia parece insinuar que no hay límites a la actuación individual en escenarios públicos, distinto de lo claramente obsceno, situación que, sin embargo, no se fundamenta conceptualmente.

En la página 54 hay algunos elementos que habrían permitido, en un enfoque muy distinto de la sentencia, advertir sobre el carácter discriminatorio de una percepción conforme a la cual, expresiones de efecto que se aceptan entre parejas heterosexuales, pueden ser objeto de rechazo y de solicitud de confinarlas a espacios privados cuando se trata de sujetos homosexuales. Pero se trata de una apreciación aislada y no de una verificación fáctica sobre la existencia de una violación de los derechos.

Por todas las anteriores consideraciones, estimo que en este caso, no obstante que los accionantes, a través de la Defensoría del Pueblo, contaron con amplio espacio para preparar y documentar su demanda, no aportaron la evidencia

suficiente para establecer que se estaba ante un acto de discriminación por la orientación sexual, ni de una actuación del servicio de vigilancia del centro de comercial que rebasaba el ámbito de sus funciones constitucionalmente admisibles. De este modo, si bien reitero mi compromiso con la promoción de la igualdad y de la tolerancia, particularmente frente a colectivos que han sido tradicionalmente discriminados, no comparto el sustento fáctico y jurídico a partir del cual se adoptó la decisión.

Fecha *ut supra*,

GABRIEL EDUARDO MEDOZA MARTELO
Magistrado