

Sentencia T-291/16

ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedencia

La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende el amparo de los derechos fundamentales de una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular. Sin embargo, estas características no relevan al accionante de cumplir unos requisitos mínimos para que la acción de tutela proceda: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iii) subsidiariedad; e (iv) inmediatez.

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Alcance y contenido de la expresión constitucional

La Corporación ha identificado tres lineamientos claros y diferenciables: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura. Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo.

DIGNIDAD HUMANA-Derecho fundamental autónomo

Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado.

DERECHO A NO SER DISCRIMINADO-Marco normativo y jurisprudencial

DERECHO A NO SER DISCRIMINADO-Mecanismos internacionales de protección

Existen mecanismos internacionales, disposiciones constitucionales, así como reglas y sub reglas jurisprudenciales que determinan el alcance y contenido del derecho fundamental a no ser discriminado. Como quedo anotado en precedencia, todas las personas gozan de la protección iusfundamental de dicho derecho, cuya observancia está a cargo de todas las autoridades (públicas o privadas), los sectores o grupos sociales y la ciudadanía en general, con el propósito de eliminar cualquier acto o manifestación de discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El amparo del derecho fundamental a no ser discriminado no es más que la respuesta natural que emerge de la manifestación propia de la dignidad del ser humano, protección que debe proyectarse hacia su consolidación plena y efectiva.

ORIENTACION SEXUAL-Constituye un criterio sospechoso de diferenciación

La Corte Constitucional ha determinado que la orientación sexual constituye una categoría sospechosa de discriminación, por cuanto todo tratamiento diferencial fundado en ese criterio se presume como discriminatorio a menos que pueda justificarse con la aplicación de un test estricto de proporcionalidad. En ese sentido, la Corte ha señalado que la prohibición de discriminar por razón del sexo proscrib, entre otras cosas, considerar la orientación sexual de las personas, esto es, la capacidad de sentir atracción emocional, afectiva y sexual, ya sea hacia personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género, como fuente de diferenciación entre personas heterosexuales, homosexuales y bisexuales.

CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE DISCRIMINACION Y LA LABOR DEL JUEZ EN SEDE DE TUTELA/PRESUNCION DE DISCRIMINACION-Se invierte la carga de la prueba a favor de la persona que denuncia haberla sufrido

Las víctimas de actos de discriminación por razones de raza, sexo, idioma, religión u opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, son sujetos de especial protección constitucional. Ésta es la premisa principal y con ella se le impone al juez de tutela el deber de implementar todas las

medidas habidas para brindar a estas personas el goce efectivo de acceso a la administración de justicia, se busque la justicia material con prevalencia del derecho sustancial y se garantice un juicio flexible que se ajuste a sus condiciones particulares. En los casos donde se discuta la existencia de un trato basado en cualquiera de las categorías sospechosas de discriminación o que se presente alguna situación de sujeción o indefensión, opera, prima facie, una presunción de discriminación que debe ser desvirtuada por quien ejecuta el presunto acto discriminatorio. En esencia, la Corte estableció esta regla con base en dos razones: (i) debido a la naturaleza sospechosa de los tratamientos diferenciales en comentario; y (ii) en atención a la necesidad de proteger a todas las personas o grupos sociales que históricamente han sido víctimas de actos discriminatorios. Por último, y en armonía con la regla anterior, la autoridad judicial debe aplicar la carga dinámica de la prueba a favor del extremo accionante, es decir, la obligación probatoria se invierte y pasa a cargo del extremo accionado. Esta pauta radica en la dificultad que tiene la parte débil (víctima de un trato diferencial) de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos fundamentales. En otros términos, el juez de tutela debe trasladar la carga de la prueba a la persona (natural o jurídica) que presuntamente ejerce el trato diferencial, pues ésta cuenta con todos los medios suficientes para demostrar que su proceder no constituye o no se enmarca en algún acto discriminatorio, lo que significa que es insuficiente para el operador jurídico la simple negación de los hechos por parte de quien se presume que los ejecuta.

PRESUNCION DE DISCRIMINACION-Carga dinámica de la prueba a favor de persona discriminada por razón de orientación sexual en centro comercial

Para la Sala es claro que los demandados incumplieron con la carga probatoria que se les impuso en aplicación de la regla constitucional de la carga dinámica de la prueba relacionada con la discusión sobre la existencia de tratos discriminatorios dirigidos en contra de personas y grupos sociales que históricamente han sido víctimas de discriminación. En consecuencia, se tendrán por probados los hechos ocurridos el 21 de enero de 2015 al interior del centro comercial en cuestión, los cuales aluden al trato discriminatorio que recibió el demandante en razón de su orientación sexual por parte de algunos integrantes del personal de seguridad, quienes lo retuvieron, expusieron al público, discriminaron y expulsaron de la copropiedad.

DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA DIGNIDAD-Orden a Centro Comercial y empresa de vigilancia ofrecer excusa pública en caso de discriminación por orientación sexual diversa

Referencia: expediente T-5.350.821.

Acción de tutela instaurada por Héctor Alfonso Barrios Peña, mediante apoderado judicial, contra el Centro Comercial Portal del Prado, Vigilancia del Caribe Ltda. y Portales Urbanos S.A..

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del Fallo proferido en segunda instancia el 30 de septiembre de 2015 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, que confirmó la Sentencia dictada el 28 de mayo de 2015 por el Juzgado Veinte Civil Municipal de esa misma ciudad, que, en su momento, denegó el amparo solicitado dentro de la acción de tutela promovida, mediante apoderado judicial, por Héctor Alfonso Barrios Peña contra el Centro Comercial Portal del Prado, Vigilancia del Caribe Ltda. y Portales Urbanos S.A..

La Sala de Selección de Tutelas Número Dos¹ de la Corte Constitucional, por Auto del 12 de febrero de 2016², seleccionó el asunto de la referencia para su revisión. De acuerdo con el sorteo realizado, la referida Sala de

¹ Conformada por los Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Ernesto Vargas Silva.

² Folios 3 a 11 del cuaderno de Revisión.

Selección lo repartió al Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos, para que tramitara y proyectara la revisión correspondiente.

I. ANTECEDENTES

El 7 de mayo de 2015, Héctor Alfonso Barrios Peña, mediante apoderado judicial, instauró acción de tutela contra el Centro Comercial Portal del Prado, Vigilancia del Caribe Ltda. (en adelante Videlca) y Portales Urbanos S.A., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación, en razón de presuntos actos de retención, exposición al público, discriminación y expulsión que fue objeto por parte de algunos integrantes del personal que presta el servicio de seguridad privada en el Centro Comercial Portal del Prado, por supuestamente realizar actos obscenos con otra persona del mismo sexo en uno de los baños públicos de dicho establecimiento de comercio.

Hechos, pretensiones y pruebas solicitadas en la demanda

1. El apoderado judicial de Héctor Alfonso Barrios Peña indica que su representado se identifica como una persona de orientación sexual diversa, homosexual³.
2. Manifiesta que, el 21 de enero de 2015, su poderdante y el exjefe de éste realizaron unas compras en el Centro Comercial Portal del Prado, el cual se encuentra ubicado en la ciudad de Barranquilla.
3. Señala que, durante su estadía en el referido centro comercial y siendo aproximadamente las 6:30 pm, el señor Barrios Peña usó el baño público que se encuentra en el segundo piso de ese lugar, donde los vigilantes de turno del complejo comercial ingresaron y lo acusaron “*falsamente*”⁴ de realizar actos obscenos⁵ con otra persona del mismo sexo en ese sitio.
4. Aduce que los integrantes del personal de seguridad arremetieron y reprimieron a gritos a su poderdante. Además, afirmaron que tenían cámaras en los baños y que en ellas habían visto la presunta conducta que se le endilgaba.
5. Sostiene que su representado fue avergonzado, humillado e indignado, ya que, al aprovecharse de su indefensión, el personal de vigilancia del centro comercial lo retuvo, expuso y condujo contra su voluntad por los

³ Folio 10 del cuaderno inicial.

⁴ Folio 3 ibídem.

⁵ En el escrito de tutela se afirma: “*masturbando a otro hombre*”. Folio 3 del cuaderno inicial.

pasillos del lugar, donde se burlaron de su orientación sexual y vociferaron que lo habían encontrado realizando actos obscenos con otro hombre, sin presentar prueba de ello.

6. Asevera que, durante dicho recorrido, muchas personas se enteraron del señalamiento atribuido a su poderdante, entre ellas, su exjefe, algunos clientes a quienes vendía productos, un vecino que trabaja en ese establecimiento y un policía uniformado que no hizo nada al respecto.

7. Afirma que, luego de la humillación que padeció el señor Barrios Peña ante la presencia de su acompañante y de quienes estaban en el sitio, fue expulsado del centro comercial, al cual no asiste por temor a ser exhibido nuevamente, tal y como advirtieron los vigilantes.

8. Agrega que, debido a la falta de conocimiento jurídico, su representado acudió a la Defensoría del Pueblo donde recibieron la queja del caso y dieron traslado de la misma a la Administración del Complejo Comercial Portal del Prado. No obstante, manifiesta que, a la fecha de la formulación de la presente acción de tutela, la referida entidad pública no había adoptado medidas frente al caso.

9. Con base en los anteriores hechos, el apoderado judicial solicita lo siguiente: (i) se amparen los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación de su poderdante; (ii) se ordene a los accionados a presentar excusa escrita y pública a su representado; (iii) se ordene a los demandados a difundir la providencia judicial que se profiera, con la finalidad de que se conozcan los límites a sus funciones y se informe del alcance de los derechos invocados; (iv) se ordene a los accionados a implementar programas de capacitación acerca de derechos humanos, dirigidos a todos sus empleados, especialmente, para aquellos que desempeñen labores relacionadas con el público; y (v) se condene a los demandados a pagar los perjuicios ocasionados por la vulneración de los derechos fundamentales del señor Barrios Peña.

10. A fin de que se esclarezca el asunto, el abogado pide como prueba el testimonio del señor Jairo Enrique Parra Torres, quien acompañaba al señor Barrios Peña el día en que ocurrieron los hechos.

Material probatorio que obra en el expediente

1. Formato de recepción de peticiones diligenciado el 23 de enero de 2015 por el accionante ante la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico,

con el cual éste presenta queja en cuanto a los hechos ocurridos el 21 de enero de 2015 en el Centro Comercial Portal del Prado⁶.

2. Escrito emitido el 28 de enero de 2015 por la Defensoría del Pueblo, en el cual se comunica al demandante la siguiente información: (i) el número de radicado de su petición (DPN-2015006657-80); (ii) la funcionaria que fue asignada para adelantar el trámite respectivo; y (iii) que, una vez realizada la gestión correspondiente y obtenida la respuesta de las autoridades, informarían de ello⁷.

3. Oficio del 9 de febrero de 2015, por el cual, la Defensoría del pueblo solicita a la Administración del Centro Comercial en comento un informe detallado de los hechos denunciados⁸.

4. Comunicado proferido el 9 de febrero de 2015 por la Defensoría del Pueblo, mediante el cual, se informa al actor acerca del traslado de su queja al establecimiento de comercio en cuestión⁹.

5. Memorial del 13 de febrero de 2015, con el cual, en resumen, el Representante Legal del Complejo Comercial respondió lo siguiente: (i) no promovemos actos discriminatorios contra miembros de la comunidad LGBT; (ii) lo que sucedió fue que el personal de seguridad preguntó al accionante acerca de supuestas “*conductas inmorales*” realizadas al interior del Centro Comercial, debido a información recibida por parte de algunos clientes y visitantes del lugar; (iii) en ningún momento se increpó o humilló al demandante; y (iv) la situación descrita por el peticionario no es cierta¹⁰.

6. Comunicado emitido el 30 de abril de 2015 por la Defensoría del Pueblo, por el cual: (i) se remite al actor la respuesta anteriormente referida y (ii) se le indica que, si no está de acuerdo con la misma, se acerque nuevamente a dicha entidad “*para continuar con el procedimiento y/o por nuevos hechos en los cuales (sic) presuma violación de los Derechos Humanos*”¹¹.

7. Escrito del 17 de marzo de 2016, mediante el cual, la Directora Ejecutiva y la Abogada de Litigio de Colombia Diversa solicitaron copia del expediente de la referencia, a fin de participar en calidad de

⁶ Folios 35 y 36 del cuaderno inicial.

⁷ Folio 37 ibídem.

⁸ Folio 39 ib..

⁹ Folio 40 ib..

¹⁰ Folio 41 ib..

¹¹ Folio 42 ib..

intervinientes y proporcionar acompañamiento legal a las personas LGBT en la exigibilidad del cumplimiento o restitución de sus derechos¹².

8. Acta de diligencia de inspección judicial practicada el 13 de abril de 2016 a las 2:30 p.m. por el Juzgado Veinte Civil Municipal de Barranquilla en las dependencias del Centro Comercial Portal del Prado de esa misma ciudad¹³.

9. Intervención ciudadana presentada el 2º de mayo de 2016 por la Organización Colombia Diversa¹⁴.

Actuación procesal

1. Por Auto del 12 de mayo de 2015¹⁵, el Juzgado Veinte Civil Municipal de Barranquilla admitió la acción de tutela y corrió traslado a los accionados para que ejercieran su derecho de defensa. Al tiempo, el Despacho Judicial vinculó a la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico. Efectuadas las respectivas comunicaciones, todos los demandados y la entidad vinculada se pronunciaron al respecto.

2. El 25 de mayo de 2015, el representante legal del Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla emitió respuesta para solicitar que se declarara la improcedencia de la solicitud de amparo, debido a la ausencia de material probatorio que demuestre las afirmaciones expuestas por el actor. En sustento de ello, argumentó que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 248 del entonces Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso), frente al *“caso que nos ocupa, podemos determinar que nos encontramos ante hechos que son meras enunciaciones que no se encuentran evidenciadas o probadas dentro de la acción de tutela de la referencia, por cuanto no existe en el acervo probatorio que fundamente la solicitud de tutelar los derechos fundamentales que alega como vulnerados el accionante”*¹⁶.

3. El Defensor Regional del Pueblo del Atlántico, en escrito¹⁷ del 25 de mayo de 2015, pidió la desvinculación de esa entidad, por cuanto la institución, de manera efectiva, brindó asistencia y acompañamiento al demandante en cuanto a la presunta vulneración de sus derechos. Como prueba de lo anterior, allegó copia de lo siguiente: (i) formato de

¹² Folio 15 del cuaderno de Revisión.

¹³ Visible a folios 55 a 57 ibídem.

¹⁴ Folios 60 a 77 ib..

¹⁵ Folio 17 del cuaderno inicial.

¹⁶ Folios 24 a 27 ibídem.

¹⁷ Folios 29 a 33 ib..

recepción de peticiones diligenciado el 23 de enero de 2015 por el actor; (ii) oficio emitido el 28 de enero de 2015 por dicha Defensoría Regional; (iii) requerimiento efectuado el 9 de febrero de 2015 al Centro Comercial Portal del Prado; (iv) contestación dada el 13 de febrero de 2015 por la Administración del establecimiento de comercio en comento; y (v) comunicado del 30 de abril de 2015 dirigido al demandante¹⁸.

4. Portales Urbanos S.A., mediante apoderado judicial, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela en relación con esa sociedad, ya que dicha empresa “*desconoce, no le costa y en consecuencia se opone a los hechos*” de la solicitud de amparo en cuestión. Esto, al indicar que esa compañía no es propietaria del complejo comercial accionado, puesto que éste se entregó a la copropiedad en la primera asamblea general ordinaria de copropietarios¹⁹.

5. Por escrito²⁰ del 25 de mayo de 2015, el representante legal de Vigilancia del Caribe Ltda. (Videlca) pidió la declaratoria de improcedencia del amparo reclamado, al señalar que no existen elementos materiales de prueba que corroboren lo afirmado por el accionante. En esencia, expuso las mismas razones que alegó su homólogo del Centro Comercial Portal del Prado.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Veinte Civil Municipal de Barranquilla, mediante Fallo del 28 de mayo de 2015²¹, denegó la acción de tutela, al concluir que con fundamento en el “*marco fáctico expuesto y las pruebas allegadas, no se dan los presupuestos para acceder al amparo constitucional solicitado*”. Pese a lo anterior, el operador judicial también adujo una razón de improcedencia de la acción, ante el incumplimiento del requisito de inmediatez, ya que, a su juicio, la solicitud de amparo se presentó 5 meses después de ocurridos los hechos que dieron lugar a la misma.

Impugnación

El 9 de junio de 2015, el apoderado judicial del accionante presentó escrito de impugnación²² para solicitar que se revise la anterior decisión y se protejan los derechos fundamentales de su poderdante, al advertir,

¹⁸ Todos estos documentos se encuentran descritos y relacionados en el acápite de pruebas de la presente providencia, ver páginas 3 y 4.

¹⁹ Folios 43 y 44 del cuaderno inicial.

²⁰ Folios 49 a 51 ibídem.

²¹ Folios 55 a 63 ib..

²² Folios 75 y 76 ib..

entre otras cosas, que el *a quo* no observó los argumentos que dan cuenta del proceder de los accionados. Igualmente, enfatizó que el despacho judicial se abstuvo de decretar pruebas de oficio al respecto, dando “*credibilidad absoluta*” a lo alegado por parte de los demandados.

Sentencia de segunda instancia

En Providencia del 30 de septiembre de 2015²³, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla confirmó el fallo impugnado, al considerar que la parte accionante “*no aportó 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 comercial que rebasaba el ámbito de sus funciones constitucionalmente admisibles*”.

Actuación procesal en sede de revisión

1. El 17 de marzo de 2016, la Directora Ejecutiva y la Abogada de Litigio de Colombia Diversa solicitaron a este Despacho copia del expediente de tutela en comentario, con el fin de participar en calidad de intervinientes y proporcionar acompañamiento legal a las personas LGBT en la exigibilidad del cumplimiento o restitución de sus derechos²⁴.

2. En atención a dicha solicitud, dadas las circunstancias específicas del caso objeto de revisión y teniendo en cuenta que los Artículos 57 y 58 del Reglamento Interno de ésta Corporación (Acuerdo 05 de 1992) facultan al juez constitucional para que tome un rol activo en el recaudo de elementos de convicción y decrete de oficio otros que estime conveniente para el esclarecimiento de la situación fáctica en que se apoya la acción, el Magistrado Ponente, mediante Auto²⁵ del 5º de abril de 2016, decretó las siguientes pruebas:

(i) Se ofició al accionante para que allegara ampliación de la acción de tutela en cuestión; (ii) se ordenó al Centro Comercial Portal del Prado que remitiera copia del proceso de investigación interna que se debió adelantar en razón de los hechos ocurridos el 21 de enero de 2015 en ese establecimiento y que originaron esta acción de tutela; (iii) se comisionó al Juzgado Veinte Civil Municipal de Barranquilla para que: a) practicara el testimonio del señor Jairo Enrique Parra Torres, b) individualizara a todo el personal de vigilancia del Centro Comercial Portal del Prado que estuvo involucrado con la situación fáctica que originó esta solicitud de

²³ Folios 14 a 30 del cuaderno N° 2.

²⁴ Folio 15 del cuaderno de Revisión.

²⁵ Visible a folios 16 a 19 ibídem.

amparo, y c) practicara los testimonios de cada una de las personas que alude el punto inmediatamente anterior; y (iv) se invitó a la organización Colombia Diversa y al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) para que, desde su experticia académica y profesional, intervinieran en el asunto que se revisa.

3. Efectuadas las respectivas comunicaciones, se produjeron los siguientes pronunciamientos:

3.1. El 14 de abril de 2016, el representante legal del Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla manifestó que *“dentro del proceso de indagación interna adelantado por parte de nuestro Departamento de Seguridad, procedimos a investigar con el personal de seguridad de turno, en razón a los hechos ocurridos en el CENTRO COMERCIAL PORTAL DEL PRADO, en fecha 21 de enero de 2015 y no se evidenció que vigilantes adscritos a la compañía VIDELCA LTDA, afectaran la integridad u honra del señor HECTOR ALFONSO BARRIOS PEÑA, toda vez que revisados los informes rendidos por nuestro jefe de seguridad y los supervisores de la compañía VIDELCA LTDA., en momento alguno constatan los vejámenes a los que dice el accionante fue sometido por parte de personal adscrito a nuestra entidad. De igual forma dentro de nuestras políticas no se consagran o se permiten este tipo de conductas, la copropiedad se caracteriza por exigir siempre a nuestros contratistas de seguridad y vigilancia la protección de la dignidad humana.”*²⁶.

3.2. Mediante Providencia²⁷ del 11 de abril de 2016, el Juzgado Veinte Civil Municipal de Barranquilla dispuso: (i) acoger el despacho comisorio N° 001 librado por esta Corte; (ii) citar y hacer comparecer a ese juzgado al señor Jairo Enrique Parra Torres para que rindiera declaración jurada sobre los hechos que originaron la solicitud de amparo; (iii) oficiar a la empresa de vigilancia Videlca LTDA. para que allegara *“todas las pruebas (videos, audios, informes) tenidas en su poder”* e individualizara el personal que estuvo involucrado con los hechos en cuestión; y (iv) oficiar al representante legal del Centro Comercial Portal del Prado para que remitiera los datos completos del jefe de seguridad y demás personal relacionado con los hechos ocurridos el 21 de enero de 2015 en dicho complejo comercial.

3.2.1. En cuanto a la citación y comparecencia del señor Parra Torres, el despacho judicial comisionado informó que no fue posible entregar la

²⁶ Folio 28 ib..

²⁷ Folios 32 y 33 ib..

correspondiente notificación, por cuanto el referido señor ya no reside en el lugar indicado en el escrito de tutela²⁸.

3.2.2. Respecto a lo requerido a Videlca LTDA., su representante legal sólo informó que: (i) *“no tenemos en nuestro poder, ninguna de las pruebas solicitadas respecto a audio, videos e informes, dentro del incidente sucedido el 21 de enero de 2015, con el accionante HECTOR FRANCO”*; y (ii) el vigilante supervisor de esa fecha, Jaime Navarro Morales, no labora con esta empresa de vigilancia desde el 5º de mayo de 2015 y carecemos de información de su domicilio actual²⁹.

3.2.3. Y frente a lo solicitado al representante legal del Centro Comercial Portal del Prado, éste únicamente allegó los datos personales del jefe de seguridad de esa copropiedad, el señor Carlos Mario Cruz Naranjo³⁰.

3.3. En vista de lo anterior, el Juzgado Veinte Civil Municipal de Barranquilla, en Auto³¹ del 13 de abril de 2016, dispuso la práctica de una inspección judicial para ese mismo día a las 2:30 p.m. en las dependencias del Centro Comercial Portal del Prado, con la finalidad de individualizar al personal de vigilancia y practicar los testimonios de cada uno de ellos. Realizada la diligencia judicial, se levantó la respectiva acta³² que contiene lo siguiente:

“Una vez allí fuimos atendidos por el señor MARCO AURELIO CARBONELL GOMEZ quien funge como Administrador a quien se le informo el motivo de la visita y manifestó: q (sic) no tienen esa documentación. En estado de la diligencia la señora juez procede a Interrogar al Administrador del Centro Comercial señor MARCO AURELIO CARBONELL GOMEZ., a quien se le Informa que toda declaración debe realizarse bajo la gravedad del juramento y de las sanciones que acarrea el juramento en falso. (...). PREGUNTADO. Diga el interrogado si como administrador de este establecimiento se lleva en esta oficina en documentos u otros medios la información y documentación de las personas que le son asignadas la vigilancia del centro comercial que usted administra. CONTESTO: Nosotros no manejamos la lista de los vigilantes, los pueden estar cambiando constantemente y menos desde hace más de un año que es el caso que estamos tratando. PREGUNTADO: Ha manifestado usted que es el caso que estamos tratando puede explicarle al Juzgado a que caso se está

²⁸ Así consta en el informe secretarial de ese juzgado. Folios 36 y 37 del cuaderno de Revisión.

²⁹ Folio 46 del cuaderno de Revisión.

³⁰ Folio 53 ibídem.

³¹ Folio 50 ib..

³² Visible a folios 55 a 57 ib..

refiriendo. CONTESTO. El de la tutela que fue escogida por la Corte Constitucional la cual fallaron a favor de nosotros, apelada y escogida por la Corte. PREGUNTADO: Como ha manifestado que se falló la acción de tutela a su favor explique al Despacho cuales fueron los hechos objeto de la misma. CONTESTO: Eso lo manejo el Abogado de la propiedad Ricardo Pedrosa, yo no asistí a nada. PREGUNTADO: Según el informe que hace el señor ALFONSO BARRIOS PEÑA quien es el Accionante el 21 de enero de 2015 él estuvo visitando a este centro comercial y durante su estadía por algunos vigilantes de turno lo acusaron falsamente de realizar actos obscenos y fue expulsado de este centro comercial, tiene usted conocimiento de estos hechos. CONTESTO: La Investigación que hizo el departamento de seguridad fue de que un cliente puso una queja a un vigilante de que estaba ocurriendo algo en el baño, los vigilantes fueron y no encontraron nada, le preguntaron a las personas que estaban dentro del baño y dijeron que no y parece que uno de esos fue el accionante. PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento si a este señor lo entrevistaron. CONTESTO: No eso fue lo que me contaron, no me consta nada. PREGUNTARON. Conoce usted al señor JAIME NAVARRO MORALES. CONTESTO: No. No siendo otro el motivo de la presente diligencia se da por terminada y se firma por los que en ella intervinieron. En este estado de la diligencia la señora Jueza solicita que sea llamado a rendir testimonio el jefe de seguridad del Centro Comercial Portal del Prado señor CARLOS MARIO CRUZ NARANJO quien se hace presente y la señora Jueza le informa que toda declaración debe realizarse bajo la gravedad del juramento y de las sanciones que acarrea el juramento en falso. (...) En este estado de la diligencia la señora Jueza le informa sucintamente el objeto de la diligencia y le ordena que haga un relato claro y conciso de todo lo que le conste sobre los hechos. CONTESTO: A donde yo me acuerdo que me informo un supervisor creo que es el señor Navarro no recuerdo muy bien, que unos visitantes del centro comercial vieron algo anormal en los baños, entra la vigilancia y no ve absolutamente nada. PREGUNTADO: Usted tiene conocimiento para que fecha ocurrieron esos hechos. CONTESTO: Por lo que dice en el expediente creo que fue en enero. PREGUNTADO: Para esa época quien ejercía el cargo de jefe de seguridad del Centro Comercial Portal del Prado. CONTESTO: Yo Carlos Cruz. PREGUNTADO: Tuvo usted conocimiento de que al señor Héctor Barrios Peña fue avergonzado, humillado e indignado por los integrantes del personal de seguridad de este centro comercial. CONTESTO: No tengo conocimiento, ni conozco a) señor. PREGUNTADO: Usted ha manifestado que no tiene conocimiento de estos hechos, sin embargo el señor Barrios Peña manifestó en su demanda de acción de tutela que los vigilantes del centro comercial lo retuvieron, lo expusieron y condujeron contra su voluntad por los

pasillos del lugar, se burlaron de su orientación sexual y vociferaron que lo habían encontrado realizando actos obscenos con otro hombre sin presentar prueba para ello, siendo usted el jefe de seguridad no fue informado de estos actos?. CONTESTO: No, no fui informado de esos actos. PREGUNTADO: Ha manifestado que no fue informado, puede manifestarle al Despacho cuál es su horario de trabajo. CONTESTO: De 8 a 6 de la tarde, en la noche queda un supervisor. PREGUNTADO: Como jefe de seguridad los supervisores no están en la obligación de informarle cuales son los hechos que pueden suceder en esta propiedad en la ausencia suya? CONTESTO: Si. PREGUNTADO: Si ese es el deber que tiene los supervisores debieron informarle los hechos sucedidos el 21 de enero de 2015 con respecto al señor HECTOR BARRIOS PEÑA. CONTESTO: De pronto se les paso, yo me vine a dar cuenta cuando llego la tutela y es que yo solamente no estoy encargado de la seguridad, manejo 68 personas, personal de aseo. PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento cuantas personas han sido expulsadas de este centro comercial por parte de los agentes de seguridad. CONTESTO: No tengo conocimiento. PREGUNTADO: El señor Barrios Peña ha manifestado que luego de toda una humillación que padeció y ante la presencia de su acompañante y de quienes estaban en el sitio fue expulsado del Centro Comercial. Tampoco fue informado usted de esos hechos. CONTESTO. Tampoco estoy enterado de esto. PREGUNTADO: Como jefe de seguridad de este Centro Comercial tiene usted la lista de las personas que se dedican a la vigilancia de este centro comercial? CONTESTO: No, esto lo maneja directamente la Empresa Videlca. PREGUNTADO: Conoce usted al señor JAIME NAVARRO MORALES, si lo conoce sírvase manifestar porque y que relaciones ha mantenido con él. CONTESTO. Primero fue vigilante asignado al Centro Comercial y por su desempeño fue asignado como supervisor del Centro Comercial. PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento en qué dirección puede ser localizado este señor. CONTESTO. No. PREGUNTADO: Diga si tiene algo más que agregar, corregir o enmendar. CONTESTO: No. No siendo otro el motivo de la presente diligencia se da por terminado y se firma por los que en ella intervinieron.”

3.4. El 2º de mayo de 2016, la Organización Colombia Diversa presentó intervención³³ ciudadana para solicitar a la Corte lo siguiente: (i) revocar las sentencias de tutela que negaron el amparo al accionante Héctor Alfonso Barrios Peña, y en su lugar, ordenar la protección de los derechos vulnerados; (ii) ordenar a los accionados la realización un acto de perdón y reparación simbólica al buen nombre y la honra afectados del señor Barrios Peña, que se lleve a cabo en las instalaciones del Centro

³³ Folios 60 a 77 del cuaderno de revisión.

Comercial donde ocurrieron los hechos; y (iii) ordenar a los accionados abstenerse en el futuro de cometer conductas lesivas de los derechos fundamentales de las personas, en particular de la población LGBT, en cualquiera de los establecimientos abiertos al público que sean de su propiedad o estén bajo su administración.

En sustento de tal solicitud, la referida organización se pronunció acerca de: (i) el contexto de discriminación por razones de orientación sexual y/o identidad de género que históricamente ha perseguido a las personas LGBT en todos los escenarios de la vida pública, y que, a su vez, ha puesto a esta población en un lugar de especial protección constitucional; (ii) los elementos teóricos y prácticos sobre el régimen probatorio en sede de tutela que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido desarrollando en casos de discriminación; (iii) los argumentos relativos a la procedencia de la acción de tutela en el presente caso y la necesidad de brindar el amparo constitucional; y (iv) las violaciones ocurridas a los derechos fundamentales que involucra el caso que es objeto de revisión, para resaltar la pertinencia de declarar su protección.

3.4.1. La discriminación por orientación sexual y/o identidad de género. Frente a este aspecto, a manera de conclusión, la interviniente expuso que es importante partir del reconocimiento de una realidad lesiva de los derechos de las personas LGBT, que a lo largo de la historia han tenido que sobrellevar la privación de sus derechos, la exposición constante a episodios de violencia que ponen en riesgo su integridad física y el derecho a la vida, la dificultad para acceder a servicios básicos como la salud, educación y justicia, en pie de igualdad con el resto de ciudadanos, entre otra serie de situaciones que han sido reconocidas por la jurisprudencia constitucional que ha determinado a las personas LGBT como sujetos de especial protección.

3.4.2. El régimen probatorio de los actos de discriminación. En cuanto a este punto, en resumen, Colombia Diversa pone en evidencia que en el trámite surtido por los jueces de instancias existen falencias probatorias que imposibilitan poder determinar con certeza la ocurrencia de los hechos. En esa medida, la organización cuestiona por qué no se decretaron las pruebas a solicitud de parte (como la planteada por el accionante) o de oficio, si consideraba que no existían elementos que pudieran ser útiles (como lo son las grabaciones de las cámaras de seguridad del lugar donde se desarrollaron los hechos).

Para fundamentar su cuestionamiento, la interviniente presenta tres observaciones sobre el régimen probatorio y sus efectos, puntualmente en torno a: (i) la decisión de no decretar pruebas ni a solicitud de parte, ni de

oficio; (ii) la formulación de consideraciones y de reglas de la experiencia que contravenían lo alegado tanto por la parte accionante y la parte accionada; y (iii) la necesidad de invertir la carga de la prueba, por tratarse de un proceso de discriminación en atención a la teoría de la carga dinámica de la prueba.

3.4.3. *Procedencia de la acción de tutela en el presente caso.* Respecto a este eje temático, la organización advierte que en ambas instancias se estimó improcedente la acción de tutela por razones de inmediatez. No obstante, considera procedente la solicitud de amparo, pues efectivamente cumple con el mencionado requisito de procedibilidad, ya que está demostrado con suficiencia que el accionante fue diligente al iniciar todas las medidas tendientes a garantizar y proteger sus derechos.

3.4.4. *Violación del derecho a la igualdad y no discriminación, la honra y el buen nombre.* Frente a este último aspecto, a manera de conclusión, Colombia Diversa señala que *“a los ojos de los accionados es probable que no exista discriminación alguna, pero ello no implica que así sea, máxime cuando hay una contraparte que alega haber sufrido dicho trato. El presunto maltrato al que fue sometido el accionante atentó contra su derecho a la igualdad, pues fue ultrajado en público por su orientación sexual con una serie de actos discriminatorios basados en dicho criterio sospechoso, que redundaron indefectiblemente en la afectación de su dignidad como persona, el derecho al buen nombre y a la honra.”*

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido en segunda instancia dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Cuestión previa: sobre la procedencia de la acción de tutela

2. De conformidad con los antecedentes anteriormente expuestos, esta Sala de Revisión advierte la necesidad de analizar, de forma previa, la procedencia de la presente acción de tutela. Para tal efecto, iniciará por reiterar las reglas jurisprudenciales que determinan los requisitos que se deben acreditar para la procedibilidad del amparo. Luego, verificará si en este caso se cumplen cada uno de los presupuestos de procedencia.

***Reglas y subreglas que determinan los requisitos mínimos que se deben acreditar para la procedencia de la acción de tutela.
Reiteración de jurisprudencia***

3. La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende el amparo de los derechos fundamentales de una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular³⁴. Sin embargo, estas características no relevan al accionante de cumplir unos requisitos mínimos para que la acción de tutela proceda: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iii) subsidiariedad; e (iv) inmediatez.

De la legitimación en la causa por activa

4. Esta Corporación, en Sentencia SU-377 de 2014, puntualizó las siguientes reglas jurisprudenciales en cuanto a la legitimación por activa se refiere: (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “*por sí misma o por quien actúe a su nombre*”; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal³⁵.

5. Respecto a las calidades del tercero fijadas en la última regla, en esa misma providencia de unificación, esta Corte, entre otras cosas, especificó: representante puede ser, por una parte, el representante legal (cuando el titular de los derechos sea menor de edad, incapaz absoluto, interdicto o persona jurídica), y por otra, el apoderado judicial (en los demás casos). Para ser apoderado judicial, la persona debe ser abogado titulado y a la acción debe anexar poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo^{36,37}.

De la trascendencia iusfundamental del asunto

6. Frente a este presupuesto de procedibilidad, este Tribunal básicamente ha señalado que se cumple cuando se demuestra que el caso involucra

³⁴ Ver Sentencias T-724 de 2004 y T-623 de 2005, reiteradas en la T-069 de 2015 y T-083 de 2016.

³⁵ Dichas reglas fueron reiteradas en la Providencia T-083 de 2016.

³⁶ En cuanto a las exigencias para ser apoderado judicial, consultar la Sentencia T-531 de 2002.

³⁷ Estas subreglas también fueron reiteradas en el Fallo T-083 de 2016.

algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental³⁸.

De la subsidiaridad

7. En cuanto a esta exigencia, la Corporación ha reafirmado que, conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³⁹.

8. En desarrollo de lo anterior, esta Corte ha precisado que la subsidiaridad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto⁴⁰, pues la acción tutelar no puede desplazar los mecanismos judiciales específicos previstos en la correspondiente regulación común⁴¹.

De la inmediatez

9. Este Tribunal ha puntualizado que de conformidad con el presupuesto de inmediatez, la acción de tutela debe ser utilizada en un término prudencial, esto es, con cierta proximidad y consecuencia a la ocurrencia de los hechos que se dicen violatorios y/o amenazantes de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional⁴².

10. Para constatar el cumplimiento de este requisito, el juez de tutela debe comprobar cualquiera de estas dos situaciones: (i) si resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador y/o constitutivo de la amenaza de algún derecho fundamental y, el día en que el derecho de acción se ejerció mediante la formulación de la acción de tutela⁴³; y/o (ii) si resulta razonable el lapso comprendido entre el día en que cesaron los efectos de la última

³⁸ Al respecto, ver SU-617 de 2014, entre otras.

³⁹ Ver Sentencias T-1085 de 2003, T-806 de 2004, T-397 de 2008, T-629 de 2009, T-338 de 2010, T-135 de 2015 y T-379 de 2015, entre muchas otras.

⁴⁰ Ver, entre muchos otros, los Fallos T-742 de 2002 y T-441 de 2003.

⁴¹ Cfr. SU-622 de 2001, reiterada en la Sentencia T-135 de 2015.

⁴² Al respecto, consultar, entre otras, la Providencia SU-961 de 1999.

⁴³ Ver, entre otros, el Fallo T-135 de 2015.

actuación que el accionante desplegó en defensa de sus derechos presuntamente vulnerados y el día en que se solicitó el amparo tutelar⁴⁴.

Verificación del cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela que se revisa

De la legitimación en la causa por activa

11. La Sala observa que en el escrito de tutela se indica que el abogado Eliecer de Jesús Sierra Torres, identificado con tarjeta profesional N° 233.229, actúa como apoderado judicial del señor Héctor Alfonso Barrios Peña⁴⁵, para lo cual, se anexó poder especial⁴⁶ suscrito por ambos. En esa medida, es claro que tal circunstancia se enmarca en una de las reglas fijadas por esta Corte para acreditar la legitimidad por activa, esto es, cuando la acción de tutela es promovida por un tercero (apoderado judicial) en representación del titular del derecho fundamental presuntamente vulnerado. Por consiguiente, se constata el cumplimiento de este requisito de procedibilidad.

De la trascendencia iusfundamental del asunto

12. La Sala encuentra que el debate jurídico de este caso radica en que una persona solicita el amparo constitucional frente a supuestos actos de retención, exposición al público, discriminación y expulsión que fue objeto por parte de algunos integrantes del personal que presta el servicio de seguridad privada en el Centro Comercial Portal del Prado de la ciudad de Barranquilla, por supuestamente realizar actos obscenos con otra persona del mismo sexo en uno de los baños públicos de ese complejo comercial.

13. Dada la importancia constitucional del asunto objeto de revisión, para la Sala es claro que éste también se ajusta a lo establecido por esta Corporación respecto a la exigencia de procedencia en cuestión, toda vez que el proceso tutelar está inmerso en una controversia iusfundamental que gira en torno a la presunta conculcación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación invocados por el extremo accionante, lo cual sin duda alguna amerita un análisis detallado por parte del juez de tutela en cuanto al contenido, alcance y goce de dichos derechos.

⁴⁴ *Ibídem.*

⁴⁵ Visible a folio 2° del cuaderno inicial.

⁴⁶ Visible a folio 1° del cuaderno inicial.

De la subsidiaridad

14. La Sala advierte que, sólo en este tipo de casos, la comprobación de la subsidiaridad está íntimamente ligada a la verificación del requisito de procedibilidad analizado en el aspecto inmediatamente anterior, puesto que dada la relevancia iusfundamental que contiene esta clase de asuntos en razón de los presuntos actos de discriminación que atentan de manera directa en contra de la dignidad humana, ello trasciende considerablemente al punto que la acción de tutela se instituye como el único mecanismo judicial idóneo y eficaz que tienen las personas para obtener la protección de todos los derechos fundamentales que estimen menoscabados por cualquier trato discriminatorio que constituya un hecho violatorio y/o amenazante de sus derechos. Así las cosas, la Sala considera cumplido el presupuesto de subsidiaridad.

De la inmediatez

15. Al igual que los tres requisitos analizados en precedencia, la Sala también halla satisfecha la exigencia de inmediatez, por cuanto el caso se enmarca en la siguiente regla constitucional: el juez de tutela debe comprobar si resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que cesaron los efectos de la última actuación que el accionante desplegó en defensa de sus derechos presuntamente conculcados y el día en que se instauró la acción de tutela; tal y como a continuación se demuestra.

16. Según el material probatorio, se tiene que, por un lado, el 30 de abril de 2015 fue el día en que cesaron los efectos de la última actuación que el demandante, en defensa de sus derechos, adelantó ante la Defensoría del Pueblo, toda vez que, en esa fecha, la mencionada entidad remitió al accionante la respuesta dada por el Representante Legal del Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla; y por otro, el 7° de mayo de 2015 es la data en que se instauró la presente acción de tutela. Por tanto, se observa que entre las fechas anteriormente identificadas sólo transcurrieron siete días, lo cual comprende un lapso altamente razonable. La tardanza se justificó en la actividad que desempeñó el actor en la defensoría del Pueblo.

17. Dado el cumplimiento de los requisitos de legitimación en la causa por activa, trascendencia iusfundamental, subsidiaridad e inmediatez, la Sala encuentra procedente la solicitud de amparo de la referencia, por lo que procederá al estudio de fondo de la misma.

3. Problema jurídico y metodología de resolución

18. Sea lo primero aclarar que la empresa Portales Urbano S.A., una de las empresas demandadas, y la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, vinculada en el trámite efectuado en sede de primera instancia, no tienen una relación directa con los presuntos tratos discriminatorios realizados dentro del Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla, por lo que dichos sujetos no estarían involucrados con la presunta vulneración de derechos fundamentales que se reclama en esta oportunidad. En efecto, la primera de ellas es la compañía que construyó el referido complejo comercial y que fue entregado a la copropiedad en la primera asamblea general ordinaria de copropietarios; y la segunda, fue la entidad a la que el actor acudió en búsqueda de acompañamiento jurídico para la protección y restablecimiento de sus derechos.

19. Aclarado lo anterior, la Sala Octava de Revisión analizará el siguiente problema jurídico: ¿El Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla y la empresa Vigilancia del Caribe Ltda. vulneran los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación de Héctor Alfonso Barrios Peña, en razón de presuntos actos de retención, exposición al público, discriminación y expulsión que fue objeto por parte de algunos integrantes del personal que presta el servicio de seguridad privada en el referido Centro Comercial, por supuestamente realizar actos obscenos con otra persona del mismo sexo en uno de los baños públicos de dicho establecimiento de comercio?

20. Para resolver el problema jurídico se abordará lo siguiente: (i) alcance y contenido de la expresión constitucional: dignidad humana; (ii) reglas constitucionales que determinan el alcance del derecho fundamental a no ser discriminado; (iii) la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación; (iv) la presunción de discriminación y la carga dinámica de la prueba como reglas constitucionales aplicables a los casos en que se discuta la existencia de un acto discriminatorio fundado en cualquiera de las categorías sospechosas de discriminación, o ante situaciones de sujeción o indefensión; y (v) con base en esos ejes temáticos, se solucionará el caso concreto.

4. Alcance y contenido de la expresión constitucional: dignidad humana. Breve caracterización

21. Como es bien sabido, el Artículo 1⁴⁷ de la Carta Política instituye a la dignidad humana como uno de los tres pilares fundantes del Estado

⁴⁷ “**ARTICULO 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y

Social de Derecho Colombiano. Así reza dicha disposición constitucional: “*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*” (Subraya fuera del texto original).

22. En desarrollo del mencionado precepto superior, la Corte Constitucional ha señalado que la dignidad humana se debe entender bajo las siguientes dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa⁴⁸.

22.1. Respecto al objeto concreto de protección, la Corporación ha identificado tres lineamientos claros y diferenciables: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura⁴⁹.

22.2. Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo⁵⁰.

23. Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado⁵¹.

pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

⁴⁸ Ver Fallo T-881 de 2002, reiterado en T-436 de 2012, T-143 de 2015 y SU-696 de 2015, entre otros.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ib.*.

⁵¹ Ver Sentencia SU-062 de 1999.

5. Marco normativo y jurisprudencial que determina el derecho fundamental a no ser discriminado. Reiteración de jurisprudencia

24. En la actualidad existen ciertos instrumentos internacionales, disposiciones constitucionales y legales, así como reglas jurisprudenciales, mediante los cuales, se han adoptado medidas de protección a favor de grupos de personas que históricamente han sido de discriminados por razones de sexo, raza, lengua, religión, entre otras. A continuación, la Sala Octava de Revisión abordará algunas de esas pautas y mecanismos judiciales a fin de ilustrar el alcance y contenido del derecho fundamental a no ser discriminado.

25. Los artículos 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establecen que los Estados parte, entre ellos el colombiano, se obligan a garantizar a todas las personas el pleno ejercicio de los derechos consagrados en dichos instrumentos sin realizar discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

26. En cuanto a una regulación más específica en esta temática, el artículo 4º de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69) impone a los Estados el compromiso de prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, de conformidad con sus normas constitucionales y con las disposiciones de tal mecanismo internacional. Este precepto normativo señala XV actos constitutivos de discriminación, entre los cuales, se destacan los siguientes:

(i) *“Cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia aplicada a las personas con base en su condición de víctima de discriminación múltiple o agravada, cuyo objetivo o resultado sea anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y libertades fundamentales, así como su protección, en igualdad de condiciones.”*

(ii) *“Cualquier restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación.”*

(iii) *“La restricción del ingreso a lugares públicos o privados con acceso al público por las causales recogidas en el artículo 1.1 de la presente Convención.”*

27. Siguiendo con la lectura de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69), su artículo 1.1. define la expresión *“discriminación”* de la siguiente manera: *“es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.”*

28. En desarrollo de los anteriores instrumentos internacionales, el artículo 13 de la Constitución Política establece el derecho fundamental a no ser discriminado, cuyo contenido iusfundamental alude a que todas las personas son iguales ante la ley, por lo que deben recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades y *“gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”* (Negrilla fuera del texto original).

29. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que un acto discriminatorio *“[...] es la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.”*⁵²

30. En la Sentencia T-141 de 2015, esta Corte precisó las siguientes reglas jurisprudenciales que se deben observar con el fin de determinar cuándo se está en presencia de un acto de discriminación⁵³:

30.1. Que los actos de discriminación pueden ser de carácter consciente o inconsciente. *“Desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales de la igualdad y de la no discriminación que compete al juez de tutela, no es el móvil o la intención deliberada del agente de dañar la que cualifica un acto como discriminatorio, sino la existencia o no de un acto que afecte la dignidad humana y prive a una persona del goce de sus derechos con base en razones fundadas en prejuicios,*

⁵² Sentencia T-098 de 1994. Esta definición fue reiterada en los Fallos T-691 de 2012 y T-141 de 2015.

⁵³ En esta oportunidad, la Sala reiterará lo establecido en la Sentencia T-141 de 2015, en relación con los elementos relevantes que se deben observar con el fin de determinar cuándo se está en presencia de un acto de discriminación.

preconceptos, usualmente asociados a criterios sospechosos de discriminación como raza, sexo, origen familiar o nacional o religión, entre otros. Esta precisión es relevante debido a la pervivencia de patrones clasistas, sexistas o racistas, incrustados en las estructuras jurídicas, sociales e institucionales, en ocasiones tan íntimamente vinculadas a las prácticas cotidianas que llegan a invisibilizar y a dar lugar a percibir como “naturales” o “normales” tratamientos desiguales o formas de relación en las que se sitúa en posición de inferioridad o marginalización a unas personas respecto de las demás⁵⁴. Incluso, este Tribunal ha reconocido que puede haber lugar a un acto de discriminación como resultado de la aplicación literal de una norma legal que establezca un criterio de diferenciación irrazonable”⁵⁵.

30.2. *“No todo tratamiento diferenciado puede ser considerado como un acto de discriminación, sino sólo aquellos que no admitan ser justificados a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad”⁵⁶.*

En el caso de una mujer transgénero que alegaba haber sido discriminada al impedir su ingreso a un establecimiento abierto al público, esta Corporación sostuvo que para la configuración de un acto discriminatorio deben concurrir los siguientes elementos: (i) un trato desigual; (ii) que la desigualdad sea injustificada, es decir, carezca de fundamento y razonabilidad constitucional; y (iii) la existencia de un perjuicio (genere un daño, cree una carga o excluya a una persona del acceso a un bien)⁵⁷. En el mismo sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha indicado que los tratos diferentes (o iguales, cuando se reclama un trato diferente) no constituyen actos discriminatorios cuando son medios que buscan objetivos y propósitos legítimos a la luz de la propia Convención y la Carta Internacional de Derechos Humanos⁵⁸.

30.3. *“Es la justificación y no la mera explicación de un trato desigual la que resulta relevante para efectos de descartar que el mismo constituya*

⁵⁴ A estas formas de “discriminación estructural” se ha referido la Corte Constitucional, entre otras, en las Providencias T-098 de 1994 y T-691 de 2012.

⁵⁵ Al respecto, ver el Fallo T-098 de 1994.

⁵⁶ La Corte ha empleado los criterios de razonabilidad y proporcionalidad para evaluar la justificación constitucional de tratos desiguales, entre otras, en las Sentencias T-098 de 1994, T-288 de 1995, C-022 de 1996, T-1042 de 2001, SU-1167 de 2001, T-030 de 2004, T-393 de 2004 y T-062 de 2011.

⁵⁷ Providencia T-341 de 2011.

⁵⁸ Recomendación General N° 14 (1993); ‘La definición de discriminación’, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Se dice al respecto: “El Comité observa que una diferencia de trato no constituirá discriminación si los criterios para tal diferencia, juzgados en comparación con los objetivos y propósitos de la Convención, son legítimos o quedan incluidos en el ámbito del párrafo 4 del artículo 1 de la Convención. Al examinar los criterios que puedan haberse empleado, el Comité reconocerá que una medida concreta puede obedecer a varios fines. Al tratar de determinar si una medida surte un efecto contrario a la Convención, examinará si tal medida tiene consecuencias injustificables distintas sobre un grupo caracterizado por la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico.”

un trato discriminatorio. Haciendo uso de la conocida distinción entre el acto de ‘explicar’ (dar cuenta de los motivos o causas que hacen comprensible una acción), y “justificar” (aludir a las razones que avalan la corrección de un curso de acción), esta Corte ha indicado que el hecho de que un acto discriminatorio se pueda explicar en función de los patrones clasificadorios que llevan a ‘naturalizar’ o ‘normalizar’ ciertas formas de relación social que establecen distinciones entre las personas, no implica que dichos tratamientos se puedan justificar a la luz del marco axiológico que impone la Constitución”⁵⁹.

30.4. *“Ante las dificultades que puede comportar la prueba de los actos discriminatorios, se debe aplicar la regla de la inversión de la carga de la prueba en aquellos eventos en los que se controvierte la existencia de un tratamiento discriminatorio basado en alguna de las categorías sospechosas o cuando se trata de personas en situación de sujeción o indefensión. Frente a ello, este Tribunal ha puntualizado que: ‘(l)os 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.’⁶⁰”.*

30.5. *“La discriminación a la que es sometida una persona no se manifiesta de manera puntual en un solo episodio, sino que opera a través de múltiples y sutiles mecanismos de segregación y exclusión que acontecen ante la mirada de otras personas y, en su conjunto, configuran un escenario de discriminación. Para dimensionar el impacto real que un acto, o una sucesión de actos, acusados de discriminatorios pudo haber tenido sobre los derechos fundamentales de una persona, la Corte ha indicado que el análisis judicial no se puede limitar a un acto concreto y específico, sino que debe incluir el contexto en el cual se produce, a efectos de establecer si la persona que se reclama afectada ha sido puesta en un escenario de discriminación.”⁶¹*

Respecto a esta última pauta jurisprudencial, en la Sentencia T-141 de 2015, esta Corporación también puntualizó las siguientes sub reglas⁶² que el operador judicial debe observar para determinar la intensidad de la

⁵⁹ Al respecto, consultar los Fallos T-098 de 1994 y T-691 de 2012.

⁶⁰ “Ver, entre otras, las Sentencias T-098 de 1994, T-638 de 1996, T-909 de 2011 y T-691 de 2012.”

⁶¹ Al respecto, ver las Providencias T-856 de 2003, T-691 de 2012 y T-366 de 2013, entre otras.

⁶² En desarrollo de lo establecido en los Fallos T-691 de 2012 y T-366 de 2013, entre otros.

afectación de derechos fundamentales que se genera en este tipo de escenarios de discriminación⁶³:

(i) *“La relación de poder que existe entre la persona que se siente discriminada y la que lleva a cabo los actos de discriminación. En el contexto de relaciones de sujeción y dependencia, las conductas desplegadas por quienes detentan una posición de autoridad, aun cuando estén desprovistas de cualquier ánimo discriminatorio, tienen un mayor potencial de afectar los derechos de quienes se hayan en una posición subalterna.”*

(ii) *“El tipo de interacción que tiene lugar entre la persona afectada y quienes presencian los actos de discriminación. La intensidad de la afectación será mayor si se trata de una relación continua y permanente, como la que tiene lugar en un ámbito familiar, educativo o laboral, en donde el público ante el que se escenifica la discriminación está conformado por personas próximas al afectado, lo que puede acentuar los sentimientos de vergüenza, humillación y deshonra que aquella genera. Por contraste, la intensidad de la afectación decrecerá cuando los testigos de tales actos sólo tienen una interacción ocasional o esporádica con quien es discriminado. De otro lado, el juez habrá de valorar la actitud de las personas que presencian los acontecimientos: si adoptan una postura de solidaridad con el afectado o, por el contrario, se convierten en cómplices de los actos de discriminación.”*

(iii) *“El espacio en el cuál se escenifican los actos de discriminación. El juez de tutela ha de valorar, por un lado, si se trata de un espacio cerrado, privado, restringido a un grupo de espectadores específicos, o si se trata de un espacio público al que tenga acceso cualquier persona. De otro lado, debe considerar si se trata de un espacio reglado, en el que las personas estén sometidas a controles para entrar o salir del mismo, como ocurre, por ejemplo, en un salón de clase, un espacio de trabajo, un salón de juntas o, en el extremo, una cárcel o penitenciaría, donde las personas deben respetar ciertas reglas u obtener autorización para abandonar el lugar. Esto es relevante por cuanto el potencial discriminatorio de un acto será mayor, cuanto menor sea la libertad de las personas que se sienten afectadas por el mismo para abandonar el lugar donde se verifica su puesta en escena.”*

(iv) *“La duración de los actos de discriminación. Cuanto mayor tiempo se expone a la persona a situaciones de segregación y humillación,*

⁶³ Por tratarse de reiteración de jurisprudencia, la Sala replicará lo indicado en la Sentencia T-141 de 2015, en cuanto a sub reglas que el juez de tutela debe observar para determinar la intensidad de la afectación de derechos fundamentales que se genera en los distintos escenarios de discriminación.

mayor será la afectación de sus derechos. Asimismo, ello determinará la manera en que la persona reaccione a la situación: si permanece en el escenario de discriminación y la actitud que asuma para afrontarlo o si, por el contrario, lo abandona y afronta las consecuencias adversas que pueden derivarse de tal decisión.”

(v) “Las alternativas de las que dispone la persona afectada para afrontar la situación y las consecuencias derivadas de la actitud asumida. En relación con este aspecto, el juez de tutela debe valorar si la persona tiene la posibilidad de salir del escenario de discriminación al que es sometida y las consecuencias que pueden derivarse de tal decisión, por ejemplo, si ello implica la pérdida de su trabajo, de una oportunidad de estudio, algún tipo de rechazo o sanción social, etc. En caso de que la persona decida (o no tenga alternativa distinta a) permanecer en el escenario, deberá considerarse la manera en que enfrenta la situación, valorando sus reacciones (abatimiento, aceptación pasiva, agresividad, etc.) en el contexto de la situación a la que es sometida.”

(vi) “El juez de tutela deberá valorar si se adoptaron medidas para reparar los perjuicios cometidos, esto es, si luego de ocurridos los hechos discriminatorios se dispuso de un espacio para la rectificación o reconciliación, cuáles fueron sus características y resultados. La apertura de este tipo de espacios constituye una medida de reparación que disminuye las consecuencias lesivas de los actos discriminatorios, mientras que, en su ausencia, los sentimientos de deshonra, vergüenza o humillación que inicialmente haya experimentado la persona afectada, se pueden incrementar de manera significativa ante la falta de justicia.”

31. En conclusión, existen mecanismos internacionales, disposiciones constitucionales, así como reglas y sub reglas jurisprudenciales que determinan el alcance y contenido del derecho fundamental a no ser discriminado. Como quedo anotado en precedencia, todas las personas gozan de la protección iusfundamental de dicho derecho, cuya observancia está a cargo de todas las autoridades (públicas o privadas), los sectores o grupos sociales y la ciudadanía en general, con el propósito de eliminar cualquier acto o manifestación de discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El amparo del derecho fundamental a no ser discriminado no es más que la respuesta natural que emerge de la manifestación propia de la dignidad del ser humano, protección que debe proyectarse hacia su consolidación plena y efectiva.

6. La orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación. Reiteración de jurisprudencia

32. La Corte Constitucional ha determinado que la orientación sexual constituye una categoría sospechosa de discriminación, por cuanto todo tratamiento diferencial fundado en ese criterio se presume como discriminatorio a menos que pueda justificarse con la aplicación de un test estricto de proporcionalidad⁶⁴. En ese sentido, la Corte ha señalado que la prohibición de discriminar por razón del sexo proscribire, entre otras cosas, considerar la orientación sexual de las personas, esto es, la capacidad de sentir atracción emocional, afectiva y sexual, ya sea hacia personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género, como fuente de diferenciación entre personas heterosexuales, homosexuales y bisexuales⁶⁵. A efectos de continuar con el estudio del tema en cuestión, la Sala abordará la línea jurisprudencial sobre proscripción fundada en orientación sexual.

33. En la Sentencia T-097 de 1994, esta Corporación, estudió el caso de un joven que había sido expulsado de una escuela de cadetes por su condición homosexual. En esa oportunidad, la Corte resolvió tutelar los derechos fundamentales al debido proceso y al buen nombre del accionante, toda vez que la condición homosexual no puede, en sí misma, ser motivo para la exclusión de la institución armada.

34. Mediante la Providencia T-101 de 1998, este Tribunal tuteló el derecho a la educación de dos menores a los que, en razón de su condición homosexual, una institución educativa privada de orientación religiosa en la que habían estado matriculados les negó el cupo para continuar con sus estudios. La negativa del Rector del plantel educativo accionado se basó, entre otras, en las siguientes razones: (i) *“dada la condición de vida que ellos eligieron no les convenía el colegio puesto que se iban a ver involucrados en las mismas condiciones de problemas que los años anteriores, ya me habían dado referencia algunos profesores sobre el modo de ser de estos muchachos”*; (ii) *“las situaciones que se crean alrededor de una persona que es amanerada se hacen incontrolables por parte del profesor o coordinador de una institución, pues comúnmente la gente aísla a una persona así o le hace la vida insoportable”*; (iii) *“los representantes padres de familia no aceptarían que su hijo o hijos estuvieran recibiendo clases en la compañía o bajo la influencia de jóvenes de este tipo gys (sic). Si el hecho de ser así guys (sic) para ellos no es pecado por ser su forma de*

⁶⁴ Providencia T-141 de 2015.

⁶⁵ *Ibidem*.

ser... para la sociedad actual si es un serio inconveniente ya que en ellos es notorio en sus ademanes y no hacen nada para disimularlo”; y (iv) porque habían infringido el manual de convivencia, lo cual les impedía obtener la reserva de cupo.

En esa ocasión, la Corte constató que no había existido la infracción al reglamento alegada por la institución accionada, por el contrario, encontró que el motivo real para negar a los demandantes la continuidad en sus estudios fue su orientación sexual, circunstancia que constituyó un tratamiento discriminatorio.

35. A su turno, en el Fallo C-481 de 1998, se examinó la constitucionalidad de la expresión “*El homosexualismo*” contenida en el artículo 46 (parcial) del Decreto 2277 de 1979, la cual constituía una causal de mala conducta en el marco de la regulación de la profesión docente. Esta Corporación declaró inexecutable la mencionada expresión al concluir que no existía ninguna justificación para que la homosexualidad se consagrara como falta disciplinaria de los docentes.

Determinó que la exclusión de los homosexuales de la actividad docente era totalmente injustificada, *“pues no existe ninguna evidencia de que estas personas sean más proclives al abuso sexual que el resto de la población, ni que su presencia en las aulas afecte el libre desarrollo de la personalidad de los educandos. Además, el propio ordenamiento prevé sanciones contra los comportamientos indebidos de los docentes, sean ellos homosexuales o heterosexuales. Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas.”*

36. Por Sentencia T-435 de 2002, este Tribunal revisó la tutela formulada por la madre de una estudiante a quien, debido a su orientación sexual, se le canceló la matrícula en el plantel educativo donde cursaba la secundaria. La institución demandada expuso que la medida se adoptó por varias faltas disciplinarias que cometió la joven, entre ellas, el consumo de licor mientras portaba el uniforme del Colegio.

En esta oportunidad, si bien la Corporación no ordenó el reintegro de la estudiante al plantel educativo, por cuanto efectivamente había contrariado al manual de convivencia. No obstante, concedió el amparo de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar, al comprobar que la institución accionada había coartado de diversas maneras la libertad de la joven para definir su orientación sexual.

37. Debido a la similitud con el asunto de la referencia que se revisa, resulta muy relevante la Providencia T-909 de 2011, en la cual, este Tribunal estudió un caso de dos ciudadanos que solicitaron la protección de sus derechos fundamentales a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad, frente al acto de restricción de besarse en público que les impuso un vigilante que prestaba sus servicios en el Centro Comercial Cosmocentro de la Ciudad de Cali.

Valoradas las pruebas y los argumentos de las partes, esta Corte tuteló los derechos invocados al señalar que la conducta desplegada por el guardia de seguridad restringió ilegítimamente el derecho de los demandantes *“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... 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.”*

38. En el fallo T-248 de 2012 se analizó el caso de una persona a quien un laboratorio había rechazado como donante de sangre debido a su orientación sexual. Al igual que los casos anteriores, la Corporación concluyó que esa actuación constituía un trato discriminatorio, por lo que vulnera los derechos fundamentales a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del actor. Dado que el laboratorio actuó conforme a un marco regulatorio que establece dicho criterio como factor de riesgo, la Corte advierte que esa normativa también es discriminatoria, ya que contiene una medida que no supera el test estricto de proporcionalidad, por tanto, se debe excepcionar al ser contraria a la Constitución. En esa medida, se concede el reclamado.

39. Mediante la Sentencia T-141 de 2015, este Tribunal estudió el caso de un joven que se identificó como una persona afrodescendiente, trans y homosexual, quien solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad, igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la

personalidad, intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, educación y debido proceso, al considerar que la Corporación Universitaria Remington, institución educativa donde cursaba estudios de medicina, vulneró dichos derechos en razón de las formas de acoso y discriminación que a continuación se indican.

(i) comentarios ofensivos sobre la manera en que exteriorizaba su identidad sexual y de género, acompañados de amonestaciones por parte de directivos y profesores orientadas a censurar su indumentaria y a imponerle patrones de vestuario y comportamiento masculinos; (ii) el inicio de tres procesos disciplinarios en los que no contó con las debidas garantías, en dos de los cuales la propia universidad no halló mérito para sancionar y en el restante, donde sí fue sancionado, sus argumentos no fueron considerados; (iii) cambios en las notas de varias materias y negligencia en la definición de su situación académica; (iv) la publicación no autorizada en la red social Facebook de unas fotografías suyas en las que aparece travestido de mujer y los comentarios insultantes de parte de otros estudiantes de la universidad; y (v) violación de sus comunicaciones privadas.

Luego de analizar de forma individual y en conjunto cada una de las anteriores situaciones que el estudiante expuso como vulneratorias de sus derechos, la Corte constató que éstas ponían en evidencia la configuración de un escenario de discriminación en contra de él, por lo que resolvió tutelar los derechos invocados. Para arribar a tal decisión, esta Corporación argumentó, entre otras, las siguientes razones:

(i) A excepción de la restricción relativa al uso de uniformes de protección (pijama) durante las prácticas, las restantes limitaciones impuestas al accionante carecen de justificación constitucional; (ii) no se garantizó el derecho del actor a presentar examen de habilitación de la asignatura de Hematología y de otras que fueron reprobadas; y (iii) la institución educativa no sólo no desplegó ninguna acción encaminada a promover la permanencia de un estudiante que, en razón de la convergencia de múltiples factores de discriminación, enfrentaba especiales barreras para lograr su permanencia en la institución educativa sino que, por el contrario, sí contribuyó con acciones y omisiones a que el joven quedara marginado de su proceso educativo.

40. Finalmente, en la Providencia T-478 de 2015, este Tribunal revisó el caso de una madre y su hijo fallecido en donde se solicitaba el amparo de los derechos fundamentales al buen nombre, a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad de su hijo y de ella misma. En dicho asunto, esta Corporación consideró que el Colegio Gimnasio

Castillo Campestre de la Ciudad de Bogotá violó los derechos reclamados, por cuanto adelantó un proceso disciplinario ante el supuesto incumplimiento del manual de convivencia en atención a las manifestaciones de amor del joven con otro compañero de curso, trámite que presentó diversas irregularidades en su ejecución. También se advirtió que se habían configurado varias fallas en el procedimiento que terminaron por constituirse en una forma de acoso escolar en contra del estudiante, las cuales pudieron haber incidido en la decisión que tomó el joven de acabar con su vida.

41. De lo argumentado y decidido por esta Corte en los casos referidos en precedencia, a manera de conclusión, se sustraen las siguientes premisas:

(i) La orientación sexual constituye una categoría sospechosa de discriminación, por lo que todo tratamiento diferencial fundado en ese criterio se presume como discriminatorio a menos que pueda justificarse con la aplicación de un test estricto de proporcionalidad.

(ii) La condición homosexual no es, en sí misma, un motivo para excluir a los estudiantes de las instituciones educativas (primaria, secundaria y universitaria), así como de las escuelas de formación militar o policial.

(iii) Es inconstitucional consagrar la condición homosexual como una causal de mala conducta en algún marco legal o reglamentario que regule cualquier profesión u oficio.

(iv) La restricción de besarse en público que se imponga a una pareja homosexual por parte del personal de vigilancia de un centro comercial o similar, restringe ilegítimamente el derecho de esa pareja a expresar libremente sus opciones vitales derivadas de su dignidad, intimidad y del libre desarrollo de su personalidad.

(v) El rechazo de una persona como donante de sangre debido a su orientación sexual constituye un acto discriminatorio.

(vi) Como se observa, es evidente la persistencia de patrones estructurales de discriminación por motivos de orientación sexual, que afectan a las personas de condición homosexual.

(vii) Frente a esos patrones de discriminación, la Corte Constitucional, desde sus inicios, ha adoptado una posición garantista al respecto, con el fin de eliminar toda forma o acto de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas.

(viii) La protección iusfundamental que se otorgue frente a un hecho vulnerador o amenazante que contenga un patrón de discriminación por motivos de orientación sexual, no es más que una respuesta natural que emerge de la manifestación propia de la dignidad del ser humano, amparo que se debe proyectar hacia su consolidación efectiva y absoluta.

7. La presunción de discriminación y la carga dinámica de la prueba como reglas constitucionales aplicables a los casos en que se discuta la existencia de un acto discriminatorio fundado en cualquiera de las categorías sospechosas de discriminación, o ante situaciones de sujeción o indefensión. Breve caracterización

42. Como se evidenció en los acápites anteriores, son claras las situaciones de vulnerabilidad e indefensión en las que se ha puesto a personas y grupos sociales que, por sus condiciones naturales y de vida, históricamente han sido víctimas de actos o manifestaciones de discriminación. En razón de esos tratos diferenciales injustificados, las personas han acudido al juez de tutela para poner en su consideración todo tipo de acto constitutivo de discriminación y solicitar el amparo de sus derechos fundamentales que consideran vulnerados.

43. En la mayoría de estos asuntos, y debido a la dificultad de demostrar los tratos discriminatorios, los ciudadanos afectados no cuentan con los medios suficientes para probar la existencia de dichos actos desfavorables y que vulneran sus derechos fundamentales, por lo que resulta imperioso aplicar el criterio constitucional de relación asimétrica, o discriminación o estado mayor de vulnerabilidad.

Con fundamento en lo establecido en el inciso segundo⁶⁶ del artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), la jurisprudencia constitucional ha construido criterios que el operador judicial, en sede de tutela, debe aplicar para que se cree un escenario probatorio justo, apropiado y sensato, en donde las partes involucradas se ubiquen en un plano de igualdad de condiciones. Tales reglas jurisprudenciales son:

43.1. Las víctimas de actos de discriminación por razones de raza, sexo, idioma, religión u opinión política, origen nacional o social, posición

⁶⁶ “No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.”

económica, nacimiento o cualquier otra condición social, **son sujetos de especial protección constitucional**. Ésta es la premisa principal y con ella se le impone al juez de tutela el deber de implementar todas las medidas habidas para brindar a estas personas el goce efectivo de acceso a la administración de justicia, se busque la justicia material con prevalencia del derecho sustancial y se garantice un juicio flexible que se ajuste a sus condiciones particulares.

43.2. En los casos donde se discuta la existencia de un trato basado en cualquiera de las categorías sospechosas de discriminación o que se presente alguna situación de sujeción o indefensión, opera, *prima facie*, **una presunción de discriminación** que debe ser desvirtuada por quien ejecuta el presunto acto discriminatorio⁶⁷. En esencia, la Corte estableció esta regla con base en dos razones: (i) debido a la naturaleza sospechosa de los tratamientos diferenciales en comentario; y (ii) en atención a la necesidad de proteger a todas las personas o grupos sociales que históricamente han sido víctimas de actos discriminatorios.

43.3. Por último, y en armonía con la regla anterior, la autoridad judicial debe aplicar **la carga dinámica de la prueba** a favor del extremo accionante, es decir, la obligación probatoria se invierte y pasa a cargo del extremo accionado. Esta pauta radica en la dificultad que tiene la parte débil (víctima de un trato diferencial) de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos fundamentales⁶⁸. En otros términos, el juez de tutela debe trasladar la carga de la prueba a la persona (natural o jurídica) que presuntamente ejerce el trato diferencial, pues ésta cuenta con todos los medios suficientes para demostrar que su proceder no constituye o no se enmarca en algún acto discriminatorio⁶⁹, lo que significa que es insuficiente para el operador jurídico la simple negación de los hechos por parte de quien se presume que los ejecuta.

8. Caso concreto

44. Procede la Sala Octava de Revisión a determinar si el Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla y la empresa Vigilancia del Caribe Ltda. (Videlca) vulneraron los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación de Héctor Alfonso Barrios Peña, en razón de presuntos actos de retención,

⁶⁷ Al respecto, ver la Sentencia T-909 de 2011, entre otras.

⁶⁸ Consultar Fallo T-772 de 2003.

⁶⁹ Ver, entre otras, las Providencias C-029 de 2009, T-314 de 2011, T-804 de 2014 y T-371 de 2015.

exposición al público, discriminación y expulsión que fue objeto por parte de algunos integrantes del personal que presta el servicio de seguridad privada en el referido Centro Comercial, por supuestamente realizar actos obscenos con otro hombre en uno de los baños públicos de dicho establecimiento de comercio.

45. Para tal cometido, se comenzará por realizar una presentación gráfica de algunos de los hechos relevantes que fueron alegados por las partes. Luego, a fin de esclarecer la existencia de los presuntos actos de retención, exposición al público, discriminación y expulsión de los cuales señala ser víctima el accionante, se aplicarán las reglas constitucionales de sujeto de especial protección constitucional, presunción de discriminación y carga dinámica de la prueba. Al tiempo, se verificará el cumplimiento de dichas pautas jurisprudenciales en el presente caso.

Presentación gráfica de los hechos alegados por las partes

46. Para mejor proveer y entendimiento del presente asunto, a continuación, la Sala ilustrará en un cuadro comparativo algunos de los hechos relevantes que fueron alegados por el accionante (Sr. Héctor Alfonso Barrios Peña) y los accionados (Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla y Vigilancia del Caribe Ltda.).

HECHOS ALEGADOS POR EL ACCIONANTE	HECHOS ALEGADOS POR LOS ACCIONADOS
Es acusado de masturbar a otro hombre mientras se encontraba en un baño del segundo piso del centro comercial en cuestión.	Se niega el hecho y establecen que no se evidenció que vigilantes adscritos a Videlca afectaran al señor Barrios Peña.
Varios vigilantes reprimieron a gritos y arremetían contra el Sr. Barrios Peña y decían que habían visto la conducta endilgada a través de cámaras, conducta que el accionante dice no cometió (en este mismo hecho).	No hay cámaras en los baños, solo se recibió una queja de un acto inmoral en el baño, y cuando salían las personas se preguntó si habían observado actos inmorales en el baño. Entre esas personas estaba el accionante.
Se expulsó al demandante del complejo comercial.	No se expulsó al demandante del complejo comercial.

Tabla 1. Comparación entre algunos hechos de las partes.

47. Cotejados los anteriores hechos, esta Sala constata lo siguiente:

47.1. Tal y como la asociación Colombia Diversa lo manifestó en su intervención ciudadana⁷⁰, de acuerdo a ambas partes, es evidente que el hecho de la masturbación no ocurrió, pues de haber sucedido, el Centro Comercial Portal del Prado y Videlca Ltda. lo hubiesen manifestado. Incluso, los accionados van más allá y niegan la ocurrencia del incidente de irrupción en el baño y de la subsecuente expulsión. Tal es la negación del hecho, que los demandados ni siquiera entran a justificar cómo su conducta se ajusta a Derecho.

47.2. Los demandados niegan los hechos restantes de la tabla comparativa, circunstancia que traba la litis iusfundamental y con ella surge el deber para esta Sala de aplicar las reglas jurisprudenciales de sujeto de especial protección constitucional, presunción de discriminación y carga dinámica de la prueba, fijadas en los fundamentos jurídicos 43.1. a 43.3. de esta sentencia.

Aplicación de las reglas jurisprudenciales de sujeto de especial protección constitucional, presunción de discriminación y carga dinámica de la prueba en el presente caso

48. A fin de establecer la existencia de los presuntos actos de retención, exposición al público y discriminación del señor Barrios Peña dentro del Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla, así como su expulsión de dicha copropiedad comercial, se implementarán las siguientes reglas jurisprudenciales: (i) la calidad de sujeto de especial protección constitucional; (ii) la presunción de discriminación de los tratos diferenciales; y (iii) la carga dinámica de la prueba.

49. La Sala observa que en el escrito de tutela⁷¹ el accionante se identificó como una persona de orientación sexual diversa, homosexual, condición que lo ubica como víctima potencial de actos discriminatorios, por lo que adquiere la calidad de **sujeto de especial protección constitucional**. Así las cosas, para esta Sala emana el deber de efectuar todas las medidas para brindarle al señor Barrios Peña las garantías de un goce efectivo de acceso a la administración de justicia, la búsqueda de la justicia material donde prevalezca el derecho sustancial y, un juicio flexible que se ajuste a sus circunstancias especiales.

50. En atención a que en el presente asunto se discute la presencia de tratos basados en la orientación sexual del demandante como categoría sospechosa de discriminación y debido a la necesidad de proteger al actor

⁷⁰ Folio 66 del cuaderno de revisión.

⁷¹ Folio 10 del cuaderno inicial.

como una de las personas que pertenecen a grupos sociales que históricamente han sido víctimas de actos discriminatorios, la Sala Octava de Revisión **presume como discriminatorios** los actos de retención, exposición al público, discriminación y expulsión de los cuales dijo ser víctima el accionante. Por consiguiente, el Centro Comercial Portal del Prado y Videlca Ltda. deben desvirtuar con suficiencia la mencionada presunción, como quiera que se señala la ejecución de un tratamiento diferencial a través de sus agentes.

51. En consonancia con lo anterior, esta Sala procede a aplicar **la carga dinámica de la prueba** a favor del señor Barrios Peña, toda vez que, por un lado, es la parte débil dentro de la relación jurídica-extracontractual que se constituyó el 21 de enero de 2015 con el ingreso del demandante en el Centro Comercial Portal del Prado y las compras que realizó esa misma data en dicho complejo comercial; y por otro, porque se trata de una persona víctima de actos discriminatorios presuntos, circunstancias que le dificultan acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que la situación es desfavorable y configura la vulneración de sus derechos fundamentales invocados.

52. En esa medida, la obligación probatoria se invierte y se traslada a cargo del Centro Comercial Portal del Prado y Videlca Ltda., ya que al contar con todos los medios de prueba en sus instalaciones y dependencias, deben demostrar que su proceder no se enmarcó en los actos discriminatorios que se les endilga, lo que significa que para esta Sala serán insuficientes las meras negaciones que los accionados manifiesten acerca de los hechos constitutivos de discriminación.

53. A continuación, se resumirán y expondrán gráficamente los hechos señalados por el demandante en el libelo de la tutela y las respuestas dadas a los mismos por los demandados en los respectivos escritos de contestación. Seguidamente, la Sala verificará el cumplimiento de la carga probatoria impuesta a la parte accionada.

HECHOS ALEGADOS POR EL ACCIONANTE	RESPUESTAS⁷² DE LOS ACCIONADOS
En compañía de su exjefe realizó unas compras en el Centro Comercial Portal del Prado.	No les consta el motivo por el cual el demandante estuvo en el centro comercial.
Durante su estadía, usó el baño público que se encuentra en el	No les consta el motivo por el cual se dirigió al baño de la

⁷² La Sala advierte que el contenido de los escritos de contestación de los demandados es idéntico. Ver folios 24 a 26 y 49 a 51 del cuaderno inicial respectivo.

segundo piso del lugar.	copropiedad.
Es acusado de masturbar a otro hombre mientras se encontraba en un baño del segundo piso del centro comercial en cuestión.	Se niega el hecho y establecen que no se evidenció que vigilantes adscritos a Videlca afectaran al señor Barrios Peña.
Varios vigilantes reprimieron a gritos y arremetían contra el Sr. Barrios Peña y decían que habían visto la conducta endilgada a través de cámaras, conducta que el accionante dice no cometió (en este mismo hecho).	No hay cámaras en los baños, solo se recibió una queja de un acto inmoral en el baño, y cuando salían las personas se preguntó si habían observado actos inmorales en el baño. Entre esas personas estaba el accionante.
Fue avergonzado, humillado e indignado por el personal de vigilancia que lo retuvo, expuso y condujo contra su voluntad por los pasillos del lugar, donde se burlaron de su orientación sexual y vociferaron que lo habían encontrado realizando actos obscenos con otro hombre, sin presentar prueba de ello.	Se niega el hecho al argumentar que, <i>“revisados los informes expedidos por nuestro jefe de seguridad y los supervisores de la compañía VIDELCA LTDA en momento alguno constatan los vejámenes a los que dice el accionante fue sometido por parte de personal adscrito a nuestra entidad.”</i>
Se expulsó al demandante del complejo comercial.	No se expulsó al demandante del complejo comercial.

Tabla 2. Comparación entre los hechos del accionante y las respuestas de los demandados.

54. Examinados los anteriores hechos y respuestas, la Sala encuentra que:

54.1. Es cierto que el 21 de enero de 2015 el señor Barrios Peña estuvo en el Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla, por cuanto las partes están de acuerdo con ello.

54.2. También es cierto que ese día el accionante estuvo en el baño público que está ubicado en el segundo piso del complejo comercial, pues ambos extremos procesales así lo indican.

54.3. Frente a los hechos restantes, si bien los accionados los niegan, lo evidente es que no allegaron algún elemento de convicción con el que demuestren que su proceder no constituyó actos de discriminación en contra del demandante, pese a que contaban con las facilidades para hacerlo, puesto que en sus instalaciones y dependencias tenían a su

alcance y disposición todo el material necesario para ello, por ejemplo, el personal involucrado. En otras palabras, el Centro Comercial Portal del Prado y la empresa de vigilancia Videlca Ltda. únicamente se limitaron a negar la existencia del trato desigual injustificado, afirmación que resulta insuficiente para desvirtuar la presunción de discriminación de la que están investidos los actos de retención, exposición al público, discriminación y expulsión de los cuales dijo ser víctima el accionante.

55. Con base en lo expuesto, para la Sala es claro que los demandados incumplieron con la carga probatoria que se les impuso en aplicación de la regla constitucional de la carga dinámica de la prueba relacionada con la discusión sobre la existencia de tratos discriminatorios dirigidos en contra de personas y grupos sociales que históricamente han sido víctimas de discriminación. En consecuencia, se tendrán por probados los hechos ocurridos el 21 de enero de 2015 al interior del centro comercial en cuestión, los cuales aluden al trato discriminatorio que recibió el demandante en razón de su orientación sexual por parte de algunos integrantes del personal de seguridad, quienes lo retuvieron, expusieron al público, discriminaron y expulsaron de la copropiedad.

56. Aunado a lo dicho hasta ahora, resulta relevante recordar las actuaciones que el accionante realizó en procura de la protección y restablecimiento de sus derechos.

Fecha	Hechos y actuaciones
Enero 21 de 2015	Incidente ocurrido en el centro comercial.
Enero 26 de 2015	Dentro de sus conocimientos, el demandante acudió a la Defensoría del Pueblo para obtener acompañamiento jurídico al respecto.
Abril 30 de 2015	La Defensoría trasladó al accionante la respuesta emitida por el centro comercial, con lo que culminó el trámite adelantado ante esa entidad, sin conseguir el asesoramiento necesario.
Mayo 7 de 2015	Mediante apoderado judicial, el actor instauró acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales.
Mayo 28 de 2015	Se dictó fallo de primera instancia que denegó la acción de tutela.
Junio 9 de 2015	El demandante impugnó la anterior decisión judicial, para insistir en el amparo de sus derechos.

Tabla 3. Hechos del caso y actuaciones del accionante.

57. Observadas dichas actuaciones, para la Sala es evidente que:

57.1. El señor Barrios Peña no solo agotó un procedimiento administrativo ante la Defensoría del Pueblo para buscar la protección de sus derechos, sino que adicionalmente, y pese al poco acompañamiento que le brindó esa entidad, consiguió un abogado y acudió a los operadores judiciales para insistir en el amparo de sus derechos.

57.2. Así como acertadamente lo expuso Colombia Diversa en su intervención⁷³, conforme a las reglas de la experiencia y de la sana crítica, se puede concluir que si el accionante se tomó la molestia de acudir a la Defensoría del Pueblo, instaurar una acción de tutela mediante apoderado y con la que solicitó como prueba el testimonio de una persona que presenció los hechos, e impugnar la decisión judicial de primera instancia, lo natural sería entender que efectivamente hubo una afectación de sus derechos fundamentales. De lo contrario, el demandante no se habría esforzado por adelantar todas las mencionadas actuaciones, simplemente porque los vigilantes le preguntaron “*respetuosamente*” si había presenciado “*actos inapropiados*” en el baño del centro comercial.

58. Con fundamento en lo constatado en precedencia, la Sala Octava de Revisión encuentra que el Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla y la empresa Vigilancia del Caribe Ltda. vulneraron los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación del señor Héctor Alfonso Barrios Peña, debido al trato discriminatorio que recibió en razón de su orientación sexual por parte de algunos integrantes del personal de seguridad del referido complejo comercial, quienes lo retuvieron, expusieron al público, discriminaron y finalmente expulsaron de la copropiedad.

59. Por consiguiente, se revocará la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2015 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, que confirmó la providencia dictada el 28 de mayo de 2015 por el Juzgado Veinte Civil Municipal de esa misma ciudad, que denegó la acción de tutela promovida por el señor Héctor Alfonso Barrios Peña, a través de apoderado judicial, en contra del Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla y Vigilancia del Caribe Ltda.. En su lugar, se concederá el amparo reclamado y se ordenará a los accionados, por medio de sus representantes legales o quienes hagan sus veces, si aún

⁷³ Folio 68 del cuaderno de revisión.

no lo han hecho, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de este fallo:

(i) Dispongan un espacio apropiado dentro de las instalaciones públicas del Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla, en el cual deberán ofrecer disculpas públicas al señor Héctor Alfonso Barrios Peña por los agravios de los que fue víctima el día 21 de enero de 2015 en dicho complejo comercial⁷⁴.

En ese escenario deberán estar presentes, además del accionante, el administrador del Centro Comercial Portal del Prado, el jefe de seguridad, los supervisores y demás personal de seguridad de la copropiedad. La Defensoría del Pueblo y la Personería de Barranquilla participarán como veedores en este encuentro.

(ii) Se abstengan de realizar en el futuro conductas lesivas de los derechos fundamentales de las personas LGBT, en cualquiera de los establecimientos abiertos al público que sean de su propiedad o estén bajo su administración y vigilancia.

60. Igualmente, la Sala Octava de Revisión dispondrá lo siguiente:

(i) Ordenar a la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, en el término máximo de un (1) mes siguiente a la notificación de esta sentencia, adelante los trámites correspondientes para instruir, por el tiempo que considere conveniente, al Representante Legal, al jefe de seguridad, a los supervisores y demás personal de seguridad del Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla, mediante algún programa pedagógico que estime adecuado y con el cual promocióne los derechos fundamentales a la dignidad humana, al buen nombre, a la honra, a la igualdad y a la no discriminación de las personas LGBT, así como la erradicación de cualquier forma de discriminación contra esa comunidad.

(ii) Instar a los Jueces de la República, para que en casos futuros apliquen las reglas y sub reglas jurisprudenciales establecidas en esta providencia. Para ello, se solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura -o quien haga sus veces, difundir esta sentencia por el medio más expedito, a todos los despachos judiciales de la Nación.

(iii) Por conducto de la Secretaría General de la Corte, se remitirá copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo (Regional Atlántico) y a la

⁷⁴ En otras oportunidades, la Corte ya había emitido dicha orden judicial, por ejemplo, en las Sentencias T-909 de 2011, T-141 de 2015 y T-478 de 2015.

Personería de Barranquilla, para que en el futuro brinden la asesoría jurídica y el acompañamiento legal adecuado que requieran las personas LGBT en la exigibilidad del cumplimiento o restitución de sus derechos.

61. Respecto a la indemnización de perjuicios solicitada por la parte accionante, la Sala desestimaré dicha pretensión toda vez que la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para procurar tal propósito, en el entendido que la solicitud de amparo fue concebida precisamente para reclamar protección de naturaleza iusfundamental. Sin embargo, si así lo estimare el demandante y de contar con el material probatorio que demuestre cada uno de los perjuicios indemnizables que pudieron habersele causado como consecuencia de los actos discriminatorios de los que fue víctima en razón de su orientación sexual el 21 de enero de 2015 en el Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla, podrá acudir a los jueces comunes a fin de exigir la declaratoria y pago de esos menoscabos, siempre y cuando se encuentren reunidos todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

Síntesis de la decisión

62. La Sala Octava de Revisión concluye que el Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla y la empresa Vigilancia del Caribe Ltda. vulneraron los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación del señor Héctor Alfonso Barrios Peña, debido al trato discriminatorio que recibió en razón de su orientación sexual por parte de algunos integrantes del personal de seguridad de dicho centro comercial, quienes lo retuvieron, expusieron al público, discriminaron y finalmente expulsaron de esa copropiedad.

63. Para arribar a tal conclusión, la Corte comenzó por realizar un análisis comparativo de algunos hechos relevantes que fueron alegados por las partes⁷⁵, en donde constató lo siguiente:

63.1. Tal y como la asociación Colombia Diversa lo manifestó en su intervención ciudadana, de acuerdo a ambas partes, es evidente que el hecho de la masturbación no ocurrió, pues de haber sucedido, el Centro Comercial Portal del Prado y Videlca Ltda. lo hubiesen manifestado. Incluso, los accionados van más allá y niegan la ocurrencia del incidente de irrupción en el baño y de la subsecuente expulsión. Tal es la negación del hecho, que los demandados ni siquiera entran a justificar cómo su conducta se ajusta a Derecho.

⁷⁵ Ver la tabla 1: Comparación de algunos hechos de las partes. Página 33 de esta sentencia.

63.2. Los demandados niegan los hechos restantes del cuadro comparativo, circunstancia que traba la litis iusfundamental y con ella surge el deber para la Sala de aplicar las siguientes reglas jurisprudenciales: (i) sujeto de especial protección constitucional; (ii) presunción de discriminación; y (iii) carga dinámica de la prueba, las tres fijadas en los fundamentos 43.1. a 43.3. de esta sentencia.

(i) La Corte observó que en el escrito de tutela el accionante se identificó como una persona de orientación sexual diversa, homosexual, condición que lo ubica como víctima potencial de actos discriminatorios, por lo que adquiere la calidad de **sujeto de especial protección constitucional**. Así, para la Sala emanó el deber de efectuar todas las medidas para brindarle al señor Barrios Peña las garantías de un goce efectivo de acceso a la administración de justicia, la búsqueda de la justicia material donde prevalezca el derecho sustancial y, un juicio flexible que se ajuste a sus circunstancias especiales.

(ii) En atención a que en el presente asunto se discute la presencia de tratos basados en la orientación sexual del demandante como categoría sospechosa de discriminación y debido a la necesidad de proteger al actor como una de las personas que pertenecen a grupos sociales que históricamente han sido víctimas de actos discriminatorios, este Tribunal **presumió como discriminatorios** los actos de retención, exposición al público, discriminación y expulsión de los cuales dijo ser víctima el accionante. Por consiguiente, el Centro Comercial Portal del Prado y Videlca Ltda. debían desvirtuar con suficiencia la mencionada presunción, como quiera que se señala la ejecución de un tratamiento diferencial a través de sus agentes.

(iii) En armonía con la regla anterior, la Sala procedió a aplicar **la carga dinámica de la prueba** a favor del señor Barrios Peña, toda vez que, por un lado, es la parte débil dentro de la relación jurídica-extracontractual que se constituyó el 21 de enero de 2015 con el ingreso del demandante en el Centro Comercial Portal del Prado y las compras que realizó esa misma data en dicho complejo comercial; y por otro, porque se trata de una persona víctima de actos discriminatorios presuntos, circunstancias que le dificultan acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que la situación es desfavorable y configura la vulneración de sus derechos fundamentales invocados.

En esa medida, la obligación probatoria se invirtió y se trasladó a cargo del Centro Comercial Portal del Prado y Videlca Ltda., ya que al contar con todos los medios de prueba en sus instalaciones y dependencias,

debían demostrar que su proceder no se enmarcaba en los actos discriminatorios que se les endilgaba, lo que significaba que para esta Sala serían insuficientes las meras negaciones que los accionados manifestaran acerca de los hechos constitutivos de discriminación.

64. Al verificar el cumplimiento de la carga probatoria que se le impuso a los demandados, la Corte evidenció que si bien los accionados negaron lo manifestado por el actor, lo cierto es que no allegaron algún elemento de convicción con el que demostraran que su proceder no constituyó actos de discriminación en contra del demandante, pese a que contaban con las facilidades para hacerlo, puesto que en sus instalaciones y dependencias tenían a su alcance y disposición todo el material necesario para ello, por ejemplo, el personal involucrado. En otras palabras, el Centro Comercial Portal del Prado y la empresa de vigilancia Videlca Ltda. únicamente se limitaron a negar la existencia del trato desigual, afirmación que resultó insuficiente para desvirtuar la presunción de discriminación de la que están investidos los actos de retención, exposición al público, discriminación y expulsión de los cuales dijo ser víctima el accionante.

65. Para la Sala fue claro que los demandados incumplieron con la carga probatoria que se les impuso en aplicación de la regla constitucional de la carga dinámica de la prueba relacionada con la discusión sobre la existencia de tratos discriminatorios dirigidos en contra de personas y grupos sociales que históricamente han sido víctimas de discriminación. En consecuencia, se tuvo por probados los hechos ocurridos el 21 de enero de 2015 al interior del centro comercial en cuestión, los cuales aludían al trato discriminatorio que recibió el demandante en razón de su orientación sexual por parte de algunos integrantes del personal de seguridad, quienes lo retuvieron, expusieron al público, discriminaron y expulsaron de la copropiedad.

66. Finalmente, la Corporación puso en evidencia los siguientes aspectos:

66.1. El señor Barrios Peña no solo agotó un procedimiento administrativo ante la Defensoría del Pueblo para buscar la protección de sus derechos, sino que adicionalmente, y pese al poco acompañamiento que le brindó esa entidad, consiguió un abogado y acudió a los operadores judiciales para insistir en el amparo de sus derechos.

66.2. Tal y como acertadamente lo expuso Colombia Diversa en su intervención, conforme a las reglas de la experiencia y de la sana crítica, se pudo concluir que si el accionante se tomó la molestia de acudir a la Defensoría del Pueblo, instaurar una acción de tutela mediante apoderado y con la que solicitó como prueba el testimonio de una persona que

presenció los hechos, e impugnar la decisión judicial de primera instancia, lo natural sería entender que efectivamente hubo una afectación de sus derechos fundamentales. De lo contrario, el demandante no se habría esforzado por adelantar todas las mencionadas actuaciones, simplemente porque los vigilantes le preguntaron “*respetuosamente*” si había presenciado “*actos inapropiados*” en el baño del centro comercial.

67. Todas estas circunstancias condujeron a la revocatoria de los fallos de instancias que denegaron la protección solicitada, para en su lugar, otorgar el amparo de los derechos fundamentales invocados.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2015 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, que confirmó la providencia dictada el 28 de mayo de 2015 por el Juzgado Veinte Civil Municipal de esa misma ciudad, que en su momento denegó el amparo solicitado dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Héctor Alfonso Barrios Peña, mediante apoderado judicial, en contra del Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla y Vigilancia del Caribe Ltda.. En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación de Héctor Alfonso Barrios Peña, dentro del referido proceso de tutela.

Segundo.- ORDENAR al Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla y Vigilancia del Caribe Ltda., por medio de sus representantes legales o quienes hagan sus veces, si aún no lo han hecho, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, dispongan un espacio apropiado y abierto al público dentro de las instalaciones del Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla, en el cual deberán ofrecer disculpas públicas al señor Héctor Alfonso Barrios Peña por los agravios de los que fue víctima el día 21 de enero de 2015 en dicho complejo comercial.

En ese escenario deberán estar presentes, además del accionante, el administrador del Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de

Barranquilla, el jefe de seguridad, los supervisores y demás personal de vigilancia de la copropiedad. Los Juzgados Veinte Civil Municipal y Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, así como la Defensoría del Pueblo (Regional Atlántico) y la Personería de Barranquilla participarán como veedores en este acto de perdón y reparación simbólica.

Tercero.- ORDENAR al Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla y Vigilancia del Caribe Ltda., por medio de sus representantes legales o quienes hagan sus veces, se abstengan de realizar en el futuro conductas lesivas de los derechos fundamentales de las personas LGBT, en cualquiera de los establecimientos abiertos al público que sean de su propiedad o estén bajo su administración y vigilancia.

Cuarto.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, para que, en el término máximo de un (1) mes siguiente a la notificación de esta sentencia, adelante los trámites correspondientes a fin de instruir, por el tiempo que considere conveniente, al representante legal, al jefe de seguridad, a los supervisores y demás personal de vigilancia del Centro Comercial Portal del Prado de la Ciudad de Barranquilla, mediante algún programa pedagógico que estime adecuado y con el cual promocióne los derechos fundamentales a la dignidad humana, al buen nombre, a la honra, a la igualdad y a la no discriminación de las personas LGBT, así como la erradicación de cualquier forma de discriminación en contra de esa comunidad.

Quinto.- INSTAR a los Jueces de la República, para que en casos futuros apliquen las reglas y sub reglas jurisprudenciales establecidas en este fallo. Para ello, **SOLICITAR** a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura -o quien haga sus veces, difundir esta sentencia por el medio más expedito, a todos los despachos judiciales de la Nación.

Sexto.- Por Secretaría General de esta Corte, **REMITIR** copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo (Regional Atlántico) y a la Personería de Barranquilla, para que en el futuro brinden la asesoría jurídica y el acompañamiento legal adecuado que requieran las personas LGBT en la exigibilidad del cumplimiento o restitución de sus derechos.

Séptimo.- Por Secretaría General, **LÍBRESE** las comunicaciones a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Ausente en comisión

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General