

República de Colombia



Corte Constitucional
Secretaría General

CCB - CORRESPONDENCIA



COR_19005955
05/08/2019 12:11:15 p. m.
Recibido para su estudio
No Implica aceptación

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Oficio No. STA-339/2019

Señores

CÁMARA DE COMERCIO DE BARRANQUILLA

Calle 40 No. 44-39

Barranquilla, Atlántico

REFERENCIA: Sentencia T-335 de 2019. Expediente **T-7.246.145** Acción de tutela instaurada por **LUZ NELLY JIMÉNEZ CABEZA** contra **CARLOS ALBERTO BROCHERO BOTTIA Y OTRO**

Respetados señores:

En cumplimiento al ordinal cuarto de la sentencia número **T-335 de 2019**, proferida el día veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019), por la Sala Sexta de Revisión integrada por el magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** y por las magistradas **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** y **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO**, quien la preside, comedidamente me permito exhortarles para que, dentro del ámbito de sus funciones legales, socialicen el contenido de la presente providencia con las personas naturales y jurídicas que hagan parte del registro mercantil.

Atentamente,


MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaría General

Anexo: Copia de la referida sentencia.

Elaborado por: Olga María Rodríguez
Revisó: Carlos Andrés Téllez R.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Corte Constitucional
Sala Sexta de Revisión

SENTENCIA T-335 de 2019

Referencia: Expediente T- 7.246.145.

Acción de tutela promovida por Luz Nelly Jiménez Cabeza contra Carlos Alberto Brochero Bottia y otro.

Procedencia: Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla.

Asunto: desconocimiento de la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual diversa.

Magistrada Sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y por las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las providencias dictadas el 10 de septiembre de 2018, por el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla; y, el 29 de octubre de 2018, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, dentro del expediente de tutela T-7.246.145, promovida por Luz Nelly Jiménez Cabeza contra el señor Carlos Alberto Brochero Bottia como persona natural y propietario del establecimiento de comercio "*Licores la Licorera*" o "*La Licorería*" y Rafael Brochero Bottia como administrador.

El expediente fue remitido a esta Corporación mediante oficio número 1153 de 18 de diciembre de 2018, por el Secretario del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, en cumplimiento de los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Tercera de Selección de la Corte Constitucional, mediante auto de 28 de marzo de 2019, resolvió seleccionar para su revisión el asunto de la referencia.

Carlos A. Ortiz
26/07/19

I. ANTECEDENTES

La actora formuló acción de tutela contra Carlos Alberto Brochero Bottia como titular del establecimiento de comercio "*Licores la Licorera*" o "*La Licorería*", o de quien haga sus veces, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la vida privada, a la igualdad y a la prohibición de discriminación, generada por el reclamo realizado por el dueño del mencionado establecimiento de comercio, debido a que supuestamente la accionante y su pareja realizaron manifestaciones de afecto y además, indicó que el reclamo se debió a su orientación sexual diversa.

La demandante solicitó se ordene al demandando lo siguiente: i) la presentación de excusas escritas y públicas, por los hechos expuestos; ii) la difusión del fallo para que "*(...) expliquen los límites a sus funciones y actuaciones (sic)*"¹ desde la garantía de los derechos fundamentales invocados; y, iii) la adopción de medidas por parte del establecimiento de comercio para prevenir futuros actos de discriminación.

A. Hechos relevantes

1. Luz Nelly Jiménez Cabeza relató que el 22 de julio de 2018 estaba con su pareja del mismo sexo en el establecimiento de comercio "*Licores La Licorera*". En dicho lugar, el propietario del negocio le hizo señales a su compañera "*(...) delante (sic) todas las personas presentes para que me soltase la mano insinuando que no estaba permitido*"².

2. La accionante expuso que el dueño del sitio le aseguró que: "*(...) yo en mi licorera no acepto este tipo de conductas, porque primero veo que se toman de la mano y ya me ha pasado que después veo que se besan o andan con caricias y yo eso aquí no lo acepto, por eso me reservo el derecho de admisión*"³.

3. Adujo que le manifestó que el acto de tomarse de la mano es una expresión de afecto incluso entre amigos y, si su reacción había sido porque se trataba de una pareja LGTBI, le recomendó "*(...) manifestarlo con anterioridad*"⁴.

4. Indicó que después de lo sucedido, junto con su pareja se retiraron del sitio, "*(...) soportando las miradas de meseros y demás consumidores*"⁵.

5. Para la accionante, la conducta del dueño del establecimiento violó sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la vida privada, a la igualdad y a la prohibición de discriminación por la orientación sexual.

¹ Folio 3 cuaderno principal.

² Folio 2 cuaderno principal.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

B. Actuación procesal

El Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla conoció de la acción de tutela en primera instancia. Esa sede judicial avocó conocimiento del asunto mediante auto del 30 de agosto de 2018. Con ocasión de esa decisión, ese despacho remitió los oficios número 1578, 1579 y 1580⁶, mediante los cuales comunicó el inicio de este trámite constitucional al señor Carlos A. Brochero, a la Corporación Caribe Afirmativo “(...) *a fin de que aporte a la presente acción lo que a bien tengan que (sic) asesor jurídico de la accionante, para lo cual se le concede el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del recibido de la comunicación de este auto.*” y a la accionante, respectivamente.

Aunque el oficio número 1578⁷ fue debidamente diligenciado, la empresa Servicios Postales Nacionales S.A., manifestó la imposibilidad de hacer entrega del mismo al accionado. En efecto, esa entidad certificó que intentaron la entrega del mismo el 4 y 5 de septiembre de 2018, pero el establecimiento de comercio ubicado en la Calle 74 No. 44 – 85 de la ciudad de Barranquilla, estaba cerrado⁸. Como consecuencia de ello, el demandado no se manifestó sobre los hechos y pretensiones planteados por la accionante en el escrito de tutela. De igual forma, la Corporación Caribe Afirmativo, guardó silencio.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla, mediante fallo del 10 de septiembre de 2018⁹, declaró improcedente el amparo de los derechos invocados, con fundamento en que la accionante no aportó pruebas de los hechos y tampoco demostró encontrarse en situación de debilidad manifiesta que hiciera procedente la intervención del juez de tutela.

Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, mediante fallo del 29 de octubre 2018¹⁰, confirmó la sentencia de primera instancia bajo el argumento de que solicitarle a la entidad accionada presentar excusas escritas y públicas por los hechos descritos, solo procede cuando se demuestra el estado de subordinación o indefensión de la accionante.

D. Actuación en sede de revisión

1. El 15 de mayo de 2019, a través de la base de datos de la Cámara de Comercio de Barranquilla, la Corte accedió al Certificado de Matrícula N°7.449.465, en el que el establecimiento de comercio donde ocurrieron los hechos se registra con la razón social “*La Licorería*” de propiedad del señor Carlos Alberto Brochero

⁶ Folios 28 a 30. Cuaderno principal.

⁷ Folio 34. Cuaderno principal.

⁸ Folio 33. Cuaderno principal.

⁹ Folios 60 a 64. Cuaderno principal.

¹⁰ Folios 9 a 12. Cuaderno de apelación.

Bottia. En dicho certificado constaba que la dirección ubicada en la ciudad de Barranquilla; el teléfono, y el correo electrónico.

2. Mediante auto de 20 de mayo de 2019, la Magistrada Sustanciadora ordenó notificar a Carlos Alberto Brochero Bottia, como representante del establecimiento de comercio “*Licores La Licorera*” o “*La Licorería*”¹¹ o a quien haga sus veces, el auto del 30 de agosto de 2018, proferido por el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla, por medio del cual se admitió a trámite la presente solicitud de amparo. De igual manera, vincular al señor Carlos Alberto Brochero Bottia, como persona natural, por asistirle un interés legítimo en la solicitud de amparo de la referencia¹². En ese mismo sentido, decretó la práctica oficiosa de pruebas, particularmente ofició al señor Carlos Alberto Brochero Bottia, para que informara algunos aspectos relacionados con los hechos de la tutela, concretamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos que sustentan la tutela, las políticas de admisión y/o permanencia de clientes con orientación sexual diversa en el establecimiento de comercio de su propiedad, la permisividad y las consecuencias de manifestaciones de afecto entre parejas heterosexuales o de orientación sexual diversa en el mencionado lugar.

La Secretaría General de esta Corte, informó que el 26 de mayo de 2019, recibió comunicación, vía correo electrónico, del señor Rafael Brochero Bottia, en calidad de administrador de “*Licores la Licorera*”, mediante el cual daba cumplimiento a lo ordenado en el auto de 20 de mayo de 2019, en el sentido de expresar lo siguiente:

a. El 22 de julio de 2018, la accionante y su pareja se encontraban en el establecimiento de comercio de su propiedad. De repente, indicó que: “(...) *empezaron a tener cierto comportamiento que no es habitual ver en este sitio ya que este es un local comercial de ambiente familiar donde generalmente no se aprecian muestras de afecto o cariño extralimitadas en ningún tipo de parejas independientemente de su orientación sexual.*”¹³

Manifestó que: “(...) *las personas presentes en ese momento se sintieron incómodas con las muestras de afecto de las dos mujeres que consistían en besos y caricias (...)*”¹⁴ por lo que los clientes le solicitaron que le reclamara a la pareja. Dijo que “(...) *les comenté la situación y les pedí el favor que guardaran un poco la compostura por el resto de la clientela, para los cuales aún es algo extraño ver esta situación en mi negocio (...)* ya que no es un lugar propiamente de ambiente para parejas del mismo sexo”¹⁵

Expuso que “(...) *las señoras se sintieron ofendidas y pidieron la cuenta procediendo a retirarse (...)* mi intención no era el que (sic) ellas abandonaran el lugar, por lo que aún tienen las puertas de mi local abiertas para cuando gusten y sepan comportarse.”¹⁶

¹¹ Ubicado en la calle 74 No. 44 – 85 en la ciudad de Barranquilla, teléfono 3587401 y el correo electrónico cabrochero@yahoo.es.

¹² El cual podrá ser notificado en la calle 74 No. 44 -- 85 en la ciudad de Barranquilla, con el teléfono 3587401 y el correo electrónico cabrochero@yahoo.es.

¹³ Folio 31v cuaderno de revisión.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

b. No tiene políticas de admisión o permanencia en su local comercial con base en la orientación sexual y las muestras de afecto de sus clientes, siempre que aquellas no se extralimiten¹⁷.

c. Su establecimiento es visitado por parejas heterosexuales en su mayoría, por lo que también ha procedido a solicitarles “*compostura*” cuando se extralimitan e incomodan con su comportamiento a otros clientes¹⁸.

d. No hay conductas prohibidas en su local, sin embargo “(...) *espera que su comportamiento este dentro de lo normal*”¹⁹.

e. Las expresiones de afecto entre las personas que frecuentan su establecimiento no generan consecuencias. No obstante, podrían incomodar al “(...) *resto de la clientela que ve estas expresiones*”, particularmente si son “*extralimitadas*”²⁰. Finalmente, reiteró que ninguna persona que labora en el establecimiento

*“(...) tiene algún tipo de prejuicio con respecto a las diversas orientaciones de los clientes que lo visitan y sus expresiones de afecto (...) solamente se atienden a las sugerencias de los clientes que se puedan llegar a sentir incómodos por estas situaciones (...) nuestra labor al momento de brindar un servicio y un ambiente agradable y familiar para nuestro clientes.”*²¹

De igual manera, fue recibida en la Secretaría General de la Corte, el 29 de mayo de 2019, escrito remitido por la accionante en el que precisó que: i) los hechos ocurrieron el domingo 22 de julio de 2018, sobre las 8:00 p.m.; y ii) reiteró que el señor “*Brochero*”, le pidió que se abstuviera de realizar manifestaciones de afecto, puesto que ya había tenido una situación similar y en el establecimiento de comercio no estaban permitidos esta clase de “*espectáculos*”²².

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuestión previa

2. Antes de abordar el estudio de fondo, la Sala analizará los siguientes aspectos: i) la posible configuración de la carencia actual de objeto por daño consumado, por cuanto, la presunta afectación de los derechos fundamentales de la demandante, se materializó con el reclamo y el posterior retiro voluntario del local comercial abierto al público.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Folio 33v cuaderno de revisión.

En tal sentido, de habilitarse un pronunciamiento de esta Corporación en el presente asunto, la Sala previamente fijará: ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra particulares, especialmente por las actuaciones desplegadas por el administrador de un establecimiento comercial, de propiedad de una persona natural.

Una vez la Corte verifique la demostración de los requisitos de procedibilidad, si es del caso, formulará el respectivo problema jurídico que permita realizar el análisis de fondo de las posibles vulneraciones a los derechos fundamentales invocados.

Carencia actual de objeto por daño consumado. Proyección de los efectos vulneratorios en el tiempo. Pronunciamiento de la Corte para el restablecimiento de los derechos fundamentales y la garantía de no repetición²³

3. Este Tribunal, en reiterados pronunciamientos, ha sostenido que el objeto de la acción de tutela es la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, durante el proceso de amparo pueden acreditarse o presentarse circunstancias que permitan inferir que las vulneraciones o amenazas invocadas cesaron porque: i) se materializó el daño alegado; ii) se satisfizo el derecho fundamental afectado; o iii) se presentó la inocuidad de las pretensiones de la solicitud de amparo²⁴. Estas situaciones generan la extinción del objeto jurídico del amparo, por lo que cualquier orden de protección proferida por el juez caería en el vacío²⁵. Este fenómeno ha sido denominado “*carencia actual de objeto*”, el cual se presenta por la ocurrencia de hecho superado o de daño consumado²⁶.

Se está frente a un hecho superado cuando durante el trámite de amparo las acciones u omisiones que amenazan al derecho fundamental desaparecen por la satisfacción de la pretensión que sustenta la acción de tutela, por lo que la orden a impartir por parte del juez constitucional pierde su razón de ser, pues el derecho ya no se encuentra en riesgo²⁷.

No obstante, esta Corporación ha señalado que puede adelantar el estudio del asunto sometido a su conocimiento, ya que le corresponde en sede de revisión, determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita²⁸, pronunciarse sobre la vulneración invocada en la demanda conforme al artículo 24 del Decreto 2591 de 1991²⁹ y determinar si, con atención de las particularidades del caso, procede el amparo de la dimensión objetiva de los derechos

²³ Sentencia T-030 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁴ Sentencia T-308 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁵ Sentencia T-533 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁶ Sentencia T-703 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁷ Sentencia T-311 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸ Sentencia T-170 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁹ “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

conculcados³⁰. Dicho análisis puede comprender: i) observaciones sobre los hechos del caso estudiado; ii) llamados de atención sobre la situación que originó la tutela; iii) reproches sobre su ocurrencia y la advertencia sobre la garantía de no repetición³¹; y iv) adopción de las medidas de protección objetiva³²...

De otra parte, el daño consumado surge cuando se ocasionó el daño que se pretendía evitar con la orden de protección del juez de tutela, debido a que no se reparó oportunamente la vulneración del derecho³³.

En la **Sentencia SU-540 de 2007**³⁴, la Corte estableció que el *daño consumado* ha sido entendido como una circunstancia en la que se afectan de manera definitiva los derechos de los ciudadanos antes de que el juez de tutela logre pronunciarse sobre la petición de amparo. A diferencia del hecho superado, la Corte reconoció en ese pronunciamiento, que en estos casos se impone la necesidad de pronunciarse de fondo, dada la posibilidad de establecer correctivos y prevenir futuras violaciones a los derechos fundamentales de las personas.

De esta manera, si se configura un daño consumado, el juez constitucional no sólo tiene la facultad sino el deber de pronunciarse de fondo, y exponer las razones por las cuales se produjo un perjuicio en cabeza del accionante, además de realizar las advertencias respectivas, para efectivizar la garantía de no repetición³⁵.

4. Adicionalmente, este Tribunal ha considerado que es probable que la vulneración de un derecho fundamental se proyecte en el tiempo, con fundamento en el principio de retrospectividad, aun cuando el hecho se produjo con antelación. Por tal razón, la fecha del acto acusado no constituye el factor determinante para configurar la improcedencia de la acción de tutela, sino que el juez debe verificar si la violación del derecho es actual, es decir, persiste al momento de resolver la petición de amparo³⁶, por lo que la decisión judicial puede ser efectiva para restablecer la vigencia de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados³⁷.

En otras palabras, si del estudio de los hechos en el caso concreto se deriva una conducta que puede ser evitada o mitigada a través de la acción de tutela, el juez debe pronunciarse sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales, pues el hecho consumado no se agota en la definición o identificación de una situación ocurrida en el pasado³⁸, debido a que se materializa cuando la decisión

³⁰ Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³¹ Sentencia SU-225 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada.

³² Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³³ *Ibidem*.

³⁴ M.P. Humberto Sierra Porto. Reiterada en la sentencia T-478 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁵ Ver entre otras, las sentencias T-842 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-520 de 2012 M.P. María Victoria Calle.

³⁶ Sentencia T-163 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁷ Sentencia SU-667 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁸ Sentencia T-131 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En la sentencia T-314 de 2011 con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, esta Corte manifestó: "*En síntesis, es indispensable reiterar que frente a una solicitud de amparo el juez de tutela debe establecer cuáles son los derechos fundamentales de los cuales se alega la vulneración para luego definir si los efectos del hecho dañoso persisten, si son susceptibles de ser interrumpidos o, mejor, si existe alguna posibilidad fáctica de restablecer los derechos fundamentales quebrantados.*"

del juez no puede hacer cesar las vulneraciones o restablecer la vigencia de los contenidos *ius fundamentales*.

5. Conforme a lo expuesto, la Sala considera que en el caso bajo estudio no operó la figura de la carencia actual de objeto por hecho superado ni por daño consumado, pues si bien la accionante y su pareja fueron recriminadas y se retiraron del lugar en el que se encontraban el 22 de julio de 2018, las presuntas vulneraciones alegadas en la solicitud de amparo pueden producir efectos con vocación de actualidad y se requiere proteger la garantía de no repetición, puesto que el administrador del lugar condicionó el acceso y la permanencia de la accionante en el establecimiento comercial a que “*sepan comportarse*”, lo cual eventualmente podría perpetuar el desconocimiento de los derechos fundamentales invocados por la peticionaria.

Por tal razón, la decisión judicial que pueda adoptarse en el presente asunto, podría ser efectiva para interrumpir o anular las supuestas violaciones a los derechos fundamentales invocados y para asegurar el ejercicio y la vigencia de los mismos y, de igual manera, la garantía de no repetición de los supuestos actos vulneratorios de los postulados superiores.

6. De acuerdo con lo anterior, la Corte encuentra necesario continuar con el análisis de la procedencia de esta acción de tutela y, eventualmente, realizar el estudio de fondo en el presente asunto, con la finalidad de establecer el alcance del presunto desconocimiento de los derechos fundamentales manifestado por la peticionaria y determinar los posibles remedios constitucionales a que haya lugar, así como aquellos de carácter preventivo, que hagan efectiva la garantía de no repetición.

Examen de procedencia de la acción de tutela

Legitimación por activa

7. Conforme al artículo 86 de la Carta, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o particular.

8. Por su parte, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. La norma en cita establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: i) a nombre propio; ii) a través de representante legal; iii) por medio de apoderado judicial; o iv) mediante agente oficioso.

En consecuencia, se encuentra legitimado por activa quien promueva una acción de tutela siempre que se acrediten las siguientes condiciones: i) que la persona actúe a nombre propio, a través de representante legal, por medio de apoderado judicial o mediante agente oficioso; y ii) procure la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

9. En el caso objeto de estudio, está demostrado que la accionante está legitimada por activa para formular la acción de tutela de la referencia, pues es mayor de

edad³⁹ y procura la protección inmediata de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de su orientación sexual diversa.

Legitimación por pasiva

10. La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso⁴⁰. Conforme a los artículos 86 de la Constitución, 1º y 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad y contra particulares.

La procedencia de la acción de tutela contra particulares

11. Los derechos fundamentales ocupan un lugar privilegiado en la concepción del constitucionalismo contemporáneo, puesto que hacen parte de un “orden objetivo valorativo”⁴¹ que irradia todo el sistema normativo incluidas las relaciones jurídico privadas, por lo que, aun en estos escenarios, a los particulares también se les exige garantizar la eficacia inmediata, en el mayor grado posible, de los postulados de la Carta, debido al “efecto horizontal”⁴² de las normas superiores.

A su turno, los mencionados contenidos del Texto Superior, constituyen derechos subjetivos, los cuales guardan una estrecha interdependencia con su dimensión objetiva, de tal suerte que el desconocimiento de una norma constitucional en una relación inter privada, puede generar la lesión de un derecho fundamental⁴³.

12. Conforme a lo expuesto, esta Corporación ha considerado que el amparo constitucional puede formularse de manera excepcional contra un particular, debido a que en sus relaciones jurídicas y sociales podrían generarse asimetrías que configuran el ejercicio de poder de unas personas sobre otras⁴⁴.

De esta manera, la Corte, mediante la interpretación de los artículos 86 Superior y 42 del Decreto 2591 de 1991, ha precisado las siguientes subreglas jurisprudenciales de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra particulares: i) cuando están encargados de la prestación de un servicio público⁴⁵; o ii) su actuación afecta gravemente el interés colectivo⁴⁶; o iii) la persona que

³⁹ Folio 1 cuaderno principal.

⁴⁰ Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015 y T-098 de 2016 ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

⁴¹ Este fue el concepto utilizado por el Tribunal Constitucional alemán en el fallo Lüth, el cual se encuentra citado en la sentencia T-632 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴² R. Alexy. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, Pág. 510-511.

⁴³ R. Alexy. Ob. Cit. Pág. 517.

⁴⁴ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁵ Numerales 1, 2 y 3 del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991. Al respecto ver sentencias T-632 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-655 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-419 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

⁴⁶ La Corte ha considerado que se trata de un interés que abarca un número plural de personas que se ven afectadas por la conducta nociva desplegada por un particular. Al respecto ver las sentencias T-025 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía, T-028 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-357 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

solicita el amparo constitucional se encuentra en un estado de subordinación o de indefensión⁴⁷.

En efecto, este Tribunal ha expresado que los conceptos de subordinación y de indefensión son relacionales⁴⁸ y constituyen la fuente de la responsabilidad del particular contra quien se dirige la acción de tutela⁴⁹. En cada caso concreto deberá verificarse si la asimetría en la relación entre agentes privados se deriva de interacciones jurídicas, legales o contractuales (subordinación), o si por el contrario, la misma es consecuencia de una situación fáctica en la que una persona se encuentra en ausencia total o de insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, la amenaza o la vulneración de sus derechos fundamentales frente a otro particular (indefensión)⁵⁰.

13. En conclusión, la garantía de los derechos fundamentales se pregona no solo de las autoridades sino también de los particulares, pues constituyen derechos subjetivos y es imperativo que también garanticen su eficacia inmediata, por lo que a partir de estrictas subreglas jurisprudenciales, se ha consagrado la procedencia excepcional de la acción de tutela contra particulares.

La legitimación por pasiva de las personas naturales y su responsabilidad por los hechos de sus dependientes

14. La irrupción del Derecho Constitucional en las relaciones privadas extiende sus efectos a las personas naturales. En efecto, este Tribunal en **Sentencia T-378 de 1995**⁵¹ precisó que los sujetos en capacidad de violar o amenazar los derechos fundamentales y contra quienes puede acudir a los jueces en ejercicio de la acción de tutela no son exclusivamente las entidades o personas jurídicas, públicas o privadas, sino también las personas naturales, cuando actúan en representación o a nombre de un ente o a nombre propio y en procura de sus propias “(...) *tendencias, intereses o apetitos*.”⁵²

15. De igual forma, la Sala tiene la necesidad de analizar la responsabilidad de las personas naturales por los hechos cometidos por sus dependientes. En efecto, este Tribunal ha analizado este fenómeno en las personas jurídicas. La **Sentencia T-909 de 2011**⁵³ expresó que aquellas sufren las consecuencias de los actos o hechos de las personas naturales que puedan causar un daño, con fundamento en las relaciones contractuales o extracontractuales, bien sea de manera directa o indirecta, conforme a los artículos 2341⁵⁴ y 2347⁵⁵ del Código Civil.

⁴⁷ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁸ Sentencias T-290 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-632 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

⁴⁹ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁰ Sentencia T-122 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵¹ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵² Sentencia T-378 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵³ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁴ El artículo prescribe: “*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.*”

⁵⁵ El mencionado artículo establece: “*Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.*”

La Corte, en la mencionada providencia, analizó la evolución jurisprudencial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad civil de las personas jurídicas, especialmente la extracontractual, y concluyó que existe una responsabilidad directa de estos entes particulares como consecuencia de los perjuicios producidos por los actos cometidos por sus subalternos, cualquiera que sea el vínculo jurídico en el que se sustenta esa subordinación, siempre que actúen en ejercicio de las funciones encomendadas o con motivo de las mismas.

En materia de protección de derechos fundamentales cuando la vulneración proviene de personas naturales que deben responder por los hechos de sus dependientes, estas reglas son aplicables, bajo adicionales ingredientes normativos de cualificación, como son: i) el principio de legalidad y su observancia por los particulares (art. 6 C.P.); ii) el carácter inalienable de los derechos (art. 5 C.P.); iii) el deber de defensa de los derechos fundamentales y la observancia del principio de no abuso del derecho; y, iv) los amplios criterios de interpretación sobre la legitimación por pasiva en la acción de tutela⁵⁶.

16. En suma, la acción de tutela procede contra personas naturales por los hechos de sus subordinados. La Corte llegó a esa conclusión mediante un ejercicio hermenéutico, en el que se pudo determinar que aquellas son responsables directas por las afectaciones a los derechos fundamentales que puedan causar sus subalternos, auxiliares o dependientes, pues se entiende que son ejecutados por la persona natural misma⁵⁷, como sería el caso de aquellas personas contratadas para desarrollar una actividad económica por parte de un empresario persona natural.

17. En el expediente de la referencia, la acción de tutela se dirige contra Carlos Alberto Brochero Bottia en calidad de persona natural y como propietario del establecimiento de comercio "*Licores la Licorera*" o "*La Licorería*". También está vinculado el señor Rafael Brochero Bottia, quien intervino en el presente trámite en condición de administrador del mencionado local, por lo que a continuación la Sala estudiará la legitimación por pasiva de cada uno de los demandados.

i) ***Carlos Alberto Brochero Bottia***: la Corte considera que le asiste legitimación por pasiva en la presente solicitud de amparo, como persona natural y propietario del establecimiento de comercio "*Licores la Licorera*" o "*La Licorería*", con fundamento en las siguientes razones:

- Según el artículo 515 del Código de Comercio, el establecimiento de comercio es el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona puede tener varios establecimientos de comercio y a su vez, un establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.

Los hechos en los que se basa la solicitud de amparo ocurrieron en el espacio abierto al público del local en el que opera el establecimiento de comercio de propiedad de Carlos Alberto Brochero Bottia, que carece de personería jurídica

⁵⁶ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁷ *Ibidem*.

situación que, conforme a lo establecido en los numerales 4 y 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, configura una posición de control de la situación y de los actos desplegados por su dependiente, en atención al vínculo derivado de la actividad económica y empresarial, materializada en el direccionamiento del comportamiento de la accionante que hizo el señor Rafael Brochero Bottia, en su condición de administrador, mediante el reproche por las manifestaciones de afecto con su pareja.

- La demandante y su acompañante se encontraban en un estado de indefensión, pues se hallaban en un espacio público dentro de un local comercial, sobre el que el propietario y el administrador ejerce el control de sus clientes. Por tal razón, los reclamos realizados por el administrador, generaron en la actora la insuficiencia de medios físicos y jurídicos para resistir o repeler la presunta agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales.

- El propietario del establecimiento comercial debe responder por las acciones del administrador que presta sus servicios en las instalaciones donde desarrolla su actividad empresarial, pues aquel obró en beneficio del accionado y con la finalidad de cumplir con los objetivos económicos derivados del ejercicio de la libre iniciativa privada. Esta conducta constituye una delegación en un tercero, en este caso el señor Rafael Brochero Bottia, de las labores de administración del establecimiento comercial, por lo que asumió como propias las funciones desplegadas por otra persona que fue contratada para la obtención de los beneficios económicos de dicha actividad.

ii) **Rafael Brochero Bottia:** también está legitimado por pasiva en calidad de administrador del establecimiento de comercio “*Licores la Licorera*” o “*La Licorería*”. La Sala advierte que esta persona no fue inicialmente demandada ni vinculada por el juez de instancia. Sin embargo, intervino en sede de revisión en cumplimiento de lo ordenado en el auto de 20 de mayo de 2019, comunicado por oficio OPT-A-1167/2019 de 23 de ese mismo mes y año, el cual fue acompañado de copia íntegra del expediente⁵⁸.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que el señor Rafael Brochero Bottia está vinculado al presente trámite, puesto que su intervención procesal materializó las garantías de los derechos al debido proceso, de defensa y contradicción, saneó las posibles nulidades y además, precisó que fue la persona que reclamó a la accionante y a su pareja, en el establecimiento “*Licores la Licorera*” o “*La Licorería*”. Lo anterior implica que tiene interés en la decisión que adopte la Corte en este caso, por lo que su vinculación al trámite se hizo en debida forma, particularmente, porque se verificó su notificación por conducta concluyente de las actuaciones surtidas en el presente asunto, la cual, conforme al artículo 301 del Código General del Proceso, tiene los mismos efectos de la notificación personal⁵⁹.

⁵⁸ Folio 26-27 cuaderno de revisión.

⁵⁹ **ARTÍCULO 301. NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE.** *La notificación por conducta concluyente surte los mismos efectos de la notificación personal. Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda registro de ello, se considerará notificada por conducta concluyente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la manifestación verbal.*

Subsidiariedad

18. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de la acción de tutela como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

19. En consecuencia, el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela exige al juez la verificación de las siguientes reglas jurisprudenciales: procede el amparo como i) **mecanismo definitivo**, cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección o el dispuesto por la ley para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia⁶⁰; ii) procede la tutela como **mecanismo transitorio**: ante la existencia de un medio judicial que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario⁶¹. Además, iii) en el evento en que la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional-como los niños, mujeres cabeza de familia, personas de la tercera edad, **población LGBTI** para proteger su derecho a la no discriminación por su condición sexual, entre otros - el examen de procedencia de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos⁶².

20. La Sala observa que en el presente asunto está acreditado el presupuesto de subsidiariedad, pues la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales de la accionante, ya que hace parte de un grupo de especial protección y no cuenta con los mecanismos ordinarios administrativos ni judiciales, para agenciar la protección de los derechos fundamentales invocados y hacer cesar las vulneraciones acusadas.

Inmediatez

21. Esta Corporación ha reiterado que uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. De tal suerte que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene

Quien constituya apoderado judicial se entenderá notificado por conducta concluyente de todas las providencias que se hayan dictado en el respectivo proceso, inclusive del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo, el día en que se notifique el auto que le reconoce personería, a menos que la notificación se haya surtido con anterioridad. Cuando se hubiese reconocido personería antes de admitirse la demanda o de librarse el mandamiento ejecutivo, la parte será notificada por estado de tales providencias.

Cuando se decreta la nulidad por indebida notificación de una providencia, esta se entenderá surtida por conducta concluyente el día en que se solicitó la nulidad, pero los términos de ejecutoria o traslado, según fuere el caso, solo empezarán a correr a partir del día siguiente al de la ejecutoria del auto que la decretó o de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior."

⁶⁰ Sentencias T – 800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio., T – 436 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas, y T – 108 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

Sentencias T – 800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T- 859 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

⁶² Sentencias T – 328 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T- 456 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, y T-789 del 11 de septiembre de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

término de caducidad⁶³, su interposición debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo⁶⁴, bajo el entendido de que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

No obstante, existen eventos en los que *prima facie* puede considerarse que la acción de tutela carece de inmediatez y en consecuencia es improcedente, pues ha transcurrido demasiado tiempo entre la vulneración de los derechos fundamentales y la presentación de la solicitud de amparo.

En estos casos, el análisis de procedibilidad excepcional de la petición de protección constitucional se torna más estricto y está condicionado a la verificación de los siguientes presupuestos⁶⁵: i) la existencia de razones válidas y justificadas de la inactividad procesal, como podrían ser la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para formular la solicitud de amparo en un término razonable, la ocurrencia de un hecho nuevo⁶⁶, entre otros; ii) cuando la vulneración de los derechos fundamentales es continua y actual; iii) la carga de la interposición de la solicitud de amparo en un determinado plazo resulta, de una parte, desproporcionada debido a la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, y de otra, contraria a la obligación de trato preferente conforme al artículo 13 superior.

22. La Sala considera que en el presente asunto se encuentra acreditado este presupuesto, porque los hechos que sustentan la acción de tutela ocurrieron el 22 de julio de 2018 y la solicitud de amparo fue presentada el 28 de agosto de del mismo año⁶⁷, es decir, menos de 2 meses después, tiempo que la Corte estima prudente y oportuno.

23. En definitiva, la Sala encontró acreditada en el presente asunto la procedibilidad de la acción de tutela formulada por la demandante en contra de las personas naturales accionadas, por lo que, a continuación, procede este Tribunal al estudio de las vulneraciones acusadas, previa formulación del problema jurídico.

Problema jurídico

24. La Sala estima que el objeto de análisis en el presente asunto radica en el reproche que hizo el administrador de un negocio a las manifestaciones de afecto de una pareja con orientación sexual diversa al interior de un local comercial que está abierto al público, que de una parte no fueron descritas como obscenas; y de otra, configurarían un acto de discriminación por su identidad sexual, pues dicho reclamo no se extendió a las parejas heterosexuales que se encontraban en el lugar.

⁶³ Sentencia T-805 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

⁶⁴ Sentencia T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶⁵ Sentencia T-485 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁶⁶ Sentencias T-1009 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-299 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶⁷ Folio 25 cuaderno principal.

En tal sentido, el problema jurídico que debe resolver es el siguiente: ¿Carlos Alberto Brochero Bottia y Rafael Brochero Bottia vulneraron los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana, a la intimidad, a la igualdad, particularmente la prohibición de discriminación por su orientación sexual diversa de la accionante, al haberle reclamado por la manifestación de afecto con su pareja en un lugar abierto al público dentro de un establecimiento de comercio?

25. Para dar respuesta al problema jurídico planteado, este Tribunal abordará el estudio de los siguientes asuntos: i) la naturaleza jurídica y el contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal; ii) el principio de igualdad, la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual diversa y los mecanismos constitucionales de protección; y, iii) la posición de las personas naturales frente a las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales. Finalmente, iv) analizará del caso concreto.

Los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal⁶⁸

26. Esta Corporación ha considerado que los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal, constituyen las garantías superiores para la protección y efectividad de la autonomía de la voluntad para elegir una opción de vida⁶⁹.

27. El artículo 1° de la Carta, consagra que la *dignidad humana* justifica la existencia del Estado y en razón a su naturaleza de valor Superior y principio fundante, exige el reconocimiento a todas las personas del derecho a recibir un trato acorde a su naturaleza humana.

De esta manera, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades⁷⁰ que el derecho a la dignidad humana debe entenderse bajo 2 dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa. En relación con el primero, este Tribunal ha establecido 3 lineamientos claros y diferenciables: i) la dignidad humana 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 como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral o, en otras palabras, la garantía de que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de trato degradante o humillante.

De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha identificado 3 expresiones del derecho a la dignidad: i) es un valor fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado; ii) constituye un principio constitucional; y iii) también tiene la naturaleza de derecho fundamental autónomo.

⁶⁸ Sentencia T-030 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁹ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷⁰ Sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

En la **Sentencia SU-062 de 1999**⁷¹, la Corte recordó que el régimen constitucional colombiano está fundado en el respeto por la dignidad humana, es decir, en la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el sustento político del Estado.

28. En resumen, el derecho a la dignidad humana implica garantizar las condiciones necesarias para una existencia materialmente apropiada y acorde con el proyecto de vida que cada ciudadano le imprime a su devenir. Igualmente, este principio constitucional privilegia la autonomía personal como requisito elemental de una sociedad democrática y pluralista, en el sentido de que constituye la expresión de la capacidad de autodeterminación, de la potestad de exigir el reconocimiento de ciertas condiciones materiales de existencia o la manifestación de la intangibilidad de la integridad física y moral⁷², por lo que existe un mandato imperativo de las autoridades y de los particulares, para que adopten las medidas necesarias de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos más preciados para el Estado⁷³.

29. De otra parte, el derecho *al libre desarrollo de la personalidad* constituye el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y la organización social. Se trata entonces de la protección constitucional de la capacidad de las personas para autodeterminarse, de manera que puedan darse sus propias normas y desarrollar planes autónomos de vida, siempre que no se afecten los derechos de terceros o el orden jurídico⁷⁴.

Conforme a lo expuesto, este Tribunal ha expresado que el mencionado derecho configura la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de sus propias decisiones, pues solo le incumben a ella y además, determinan su propio destino como sujeto de derechos autónomo, responsable y diferenciado⁷⁵.

En suma, es la persona quien define, sin injerencias externas, el sentido de su propia existencia y el significado que le atribuye a la vida⁷⁶, es a quien le corresponde decidir sobre lo bueno y lo malo⁷⁷, circunstancias que configuran la base del significado del ser humano.

30. El artículo 15 de la Carta, consagra el derecho a la *intimidad personal*, el cual ha sido entendido por la Corte como aquella esfera o espacio de la vida privada en el que no están permitidas las interferencias arbitrarias e injustificadas de las demás personas, lo que le permite a su titular actuar libremente en ese espacio de

⁷¹ Sentencia SU-062 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷² Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lyneth.

⁷³ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷⁴ Sentencias T-097 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-268 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez entre otras.

⁷⁵ Sentencia T-067 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Sentencia C-221 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

fueron personal, en ejercicio de su libertad individual y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico⁷⁸.

31. En últimas, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad personal, configuran los elementos básicos para que una persona pueda desenvolverse en sociedad⁷⁹, ya que son los baluartes que garantizan el ejercicio de la libertad y la autonomía individual, sin la intervención de terceros ajenos al fuero íntimo de cada ser humano, siempre que se respeten los derechos de los demás y el orden jurídico.

La igualdad en el ordenamiento constitucional y la prohibición de discriminación

32. La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía⁸⁰. De esta manera, puede entenderse a partir de 3 dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en las mismas condiciones a todos los sujetos contra quienes se dirige; ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos⁸¹; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

De igual forma, esta Corporación ha expresado que este postulado tiene un contenido que se concreta en el deber público de ejercer acciones concretas, destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones particulares o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas)⁸².

33. En consecuencia, están prohibidas las distinciones que impliquen un trato distinto no justificado, con la capacidad de generar efectos adversos para los destinatarios de las normas o conductas que las generan, quienes no están obligados a soportar esos déficit de protección⁸³.

La prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual diversa

34. Este Tribunal ha entendido que la discriminación constituye un acto arbitrario o conducta dirigida a perjudicar o a anular, a dominar o a ignorar a una persona o colectivo, con fundamento en estereotipos o prejuicios sociales o individuales⁸⁴, ajenos a la voluntad del afectado, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes, que lo hacen acreedor de un perjuicio o beneficio como la serían, la opinión política o filosófica⁸⁵.

⁷⁸ Sentencia T-517 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, ver además sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷⁹ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Sentencia T-478 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Sentencias T-1098 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-1090 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-140 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁸⁵ Sentencia T-1090 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

De igual manera, la discriminación implica un trato desigual e injustificado, que generalmente se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales y sociales, que afectan los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, y generan además, una carga que no es exigible jurídica ni moralmente a la persona⁸⁶.

35. La discriminación puede revestir diversas formas. En efecto, es *directa* cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado, injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, las opiniones personales, entre otras⁸⁷.

La discriminación es *indirecta* cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, lo que produce lesiones y vulneraciones de sus derechos fundamentales o limitan el goce de los mismos. En ese sentido, las medidas neutrales en principio no implican factores diferenciadores entre las personas, pero producen desigualdades de trato entre unas y otras⁸⁸.

36. En conclusión, la discriminación constituye un acto arbitrario e injustificado que tiene como objetivo perjudicar, anular, dominar o ignorar a una persona o colectivo, con fundamento en estereotipos o prejuicios construidos social o individualmente como el sexo, la raza, el origen nacional, posiciones políticas o filosóficas.

La discriminación puede ser directa cuando las medidas estudiadas establecen categorías expresas de exclusión, o indirecta cuando las prácticas aparentemente son neutras, pero los efectos diferenciales generan una situación desventajosa para el grupo afectado.

37. En relación con el tema específico de la prohibición de discriminación en razón de la identidad de género o la orientación sexual, la Corte ha sido prolija en proscribir cualquier tipo de conductas que generen en una desigualdad de este tipo, pues no existe título jurídico que permita discriminar por la orientación sexual diversa⁸⁹. Por ejemplo, en la **Sentencia T-435 de 2002**⁹⁰, esta Corporación advirtió que la sexualidad aparece como un elemento consustancial a la persona humana, por lo que hace parte de su entorno más íntimo, que impide la intervención del Estado o de terceras personas sin la autorización de su titular.

Esta línea jurisprudencial se ha mantenido vigente. En la **Sentencia T-565 de 2013**⁹¹, este Tribunal concluyó que las decisiones que toman los ciudadanos con respecto a su reconocimiento en la identidad y orientación sexual, hacen parte del núcleo esencial de su dignidad, libertad y autonomía. Resulta contrario a los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad cualquier conducta de un tercero encaminada a privilegiar una determinada opción de vida

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Sentencias C-112 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-140 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, reiteradas en la sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁸⁸ Sentencia T-140 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸⁹ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹⁰ Sentencia T-435 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹¹ Sentencia T-565 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

o a formular reproches o a imponer sanciones a quien no siga una conducta mayoritaria de identidad de género u orientación sexual.

En la **Sentencia T-804 de 2014**⁹², la Corte reconoció de manera expresa que el núcleo esencial de la dignidad humana supone que la persona sea tratada de acuerdo a su naturaleza humana, por lo que el Estado y los particulares deben preservar la libertad, la autonomía, la integridad física y moral de estos ciudadanos.

Este Tribunal, en la **Sentencia T-909 de 2011**⁹³, analizó el caso de una pareja homosexual que fue reprendida por personal de vigilancia de un centro comercial, ubicado en la ciudad de Cali, por manifestar su afecto al interior de las instalaciones de la copropiedad. En aquella oportunidad, la Corte consideró que se violaron ámbitos protegidos de la persona en sus múltiples expresiones como la libertad, la dignidad y la intimidad. De igual manera, se verificó el incumplimiento de la prohibición de discriminación por orientación sexual diversa, pues las actuaciones de los guardas de seguridad configuraron un acto de discriminación contra los accionantes, quienes fueron reprochados públicamente por haberse besado en las áreas de la copropiedad.

Asimismo, en las **Sentencias T-291 de 2016**⁹⁴ y **T-030 de 2017**⁹⁵, se estudiaron los casos de dos parejas homosexuales que se encontraban en las instalaciones de un centro comercial en Barranquilla y fueron abordados y objeto de reproche público por guardas de seguridad de la empresa, por cometer supuestamente actos obscenos en las instalaciones de esa Copropiedad. En ese momento, esta Corporación estableció que se desconocieron 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 los accionantes, debido al trato desigual que recibieron por su orientación sexual diversa.

38. En las **Sentencias T-909 de 2011**⁹⁶ y **T-030 de 2017**⁹⁷, la Corte consagró las subreglas jurisprudenciales que deben verificarse cuando se analiza la posible ocurrencia de una discriminación con efectos negativos o que desmejoran las posiciones jurídicas *ius fundamentales* de los individuos implicados. Las medidas objeto de estudio deben:

i) Estar fundadas en criterios considerados **sospechosos** como el sexo, género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, orientación sexual, entre otros. La forma de establecer el carácter sospechoso de una actuación dentro del contexto de la discriminación, atiende a los siguientes presupuestos: a) se refiere a las categorías prohibidas contenidas en el numeral 1° del artículo 13 de la Constitución; b) se funda en rasgos permanentes de las personas, los cuales son irrenunciables, pues afectan directamente la identidad personal; c) se dirige contra personas que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que generan posiciones jurídicas inferiores y

⁹² Sentencia T-804 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹³ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹⁴ M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁹⁵ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹⁶ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹⁷ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

configuran condiciones de debilidad manifiesta por integrar grupos marginados o sujetos que gozan de especial protección constitucional; d) desconoce *prima facie* un derecho fundamental; y, e) incorpora, sin causa aparente, un privilegio exclusivo para un sector de la población, con el correlativo desmedro en el ejercicio de los derechos de las personas y grupos que fueron excluidos⁹⁸.

ii) **No estar justificadas** como herramientas que busquen alcanzar un fin imperioso que imponga la diferenciación;

iii) **Producir trato desigual** en contra de una persona o colectividad, con efectos nocivos que debilitan las posiciones jurídicas *ius fundamentales* de los mismos; y,

iv) **Configurar un perjuicio.**

39. De otra parte, la Corte ha considerado que quienes tienen una orientación sexual diversa hacen parte de un grupo tradicionalmente discriminado, por lo que ha construido una serie de instrumentos de protección constitucional de aplicación obligatoria en los procesos en los que se ventilen actos de trato desigual en contra de esa colectividad. En ese sentido, ante una medida o comportamiento que suponga una afectación de sus derechos, opera, por regla general, una **presunción de discriminación**, que tiene como fundamento los criterios sospechosos que sustentan los actos diferenciables perjudiciales. Quien sea acusado de incurrir en estas conductas tiene la carga procesal y probatoria de desvirtuarlo⁹⁹, pues en la mayoría de casos, los eventos de discriminación por razón de la orientación sexual resultan difíciles de acreditar¹⁰⁰.

Conforme a lo expuesto, la jurisprudencia de esta Corporación ha aplicado el concepto de **carga dinámica de la prueba**, instrumento procesal que traslada la obligación de probar la ausencia de discriminación a quien pretende realizar un trato diferenciado y no a quien alega la vulneración del derecho a la igualdad¹⁰¹, pues el primero se encuentra en una posición de superioridad, lo que privilegia su capacidad para aportar los medios probatorios necesarios para asumir su defensa judicial.

Las limitaciones a los derechos fundamentales como condiciones básicas para la convivencia

40. La vida en sociedad y la protección de los postulados superiores exige una serie de limitaciones básicas que garanticen su ejercicio. De esta manera, las restricciones de los derechos fundamentales más cercanas a las personas naturales son las contravenciones establecidas por el poder de Policía (autoridad encargada de establecer los comportamientos típicos contravencionales) y cuyo ejercicio corresponde a la función y actividad de Policía (autoridades competentes para el cumplimiento de las disposiciones establecidas por el poder de policía), que buscan regular el comportamiento ciudadano, con la finalidad de mantener el

⁹⁸ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹⁹ Sentencias T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; y, T-030 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰⁰ Sentencia T-098 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰¹ Sentencias T-741 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez y T-291 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos.

orden público, a través de la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad, aspectos necesarios para el normal desarrollo de la vida en sociedad¹⁰².

El establecimiento de estas limitaciones debe hacerse con plena observancia de los principios de legalidad y tipicidad de la conducta, el debido proceso en la definición de responsabilidades y la proporcionalidad en la medida de corrección¹⁰³.

41. La Ley 1801 de 2016¹⁰⁴, contiene una serie de disposiciones jurídicas de carácter preventivo, que buscan establecer las condiciones para la convivencia en el territorio nacional, mediante el cumplimiento de los deberes y las obligaciones, allí establecidos, por parte de las personas naturales y jurídicas. A su turno, también tiene como finalidad determinar el ejercicio del poder, la función y la actividad de Policía, bajo estricta observancia de la Constitución y la Ley¹⁰⁵.

El artículo 33 de la mencionada norma, consagra aquellos comportamientos que afectan la tranquilidad y las relaciones respetuosas entre las personas, especialmente en el espacio público o lugares abiertos al público, entre las que se encuentra realizar actos sexuales o exhibicionismo que generen molestia a la comunidad¹⁰⁶.

Sin embargo, la tranquilidad en espacios públicos también se afecta por la limitación y obstrucción de las manifestaciones de afecto o de cariño que no configuren actos sexuales o de exhibicionismo con base en la raza, origen nacional o familiar, orientación sexual, identidad de género u otra condición similar¹⁰⁷.

42. Ahora bien, el Acuerdo 010 de 2009, Manual de Convivencia del Distrito de Barranquilla, establece en el numeral 2° del artículo 36, que los ciudadanos deberán abstenerse de realizar actos que perturben la moral pública en las vías y espacios públicos. La misma norma define la moral como la adopción de comportamientos, que en la esfera de lo público y la de lo privado, conduzcan a una convivencia armónica y respetuosa de los derechos humanos¹⁰⁸.

43. El análisis normativo que antecede permite concluir que los derechos fundamentales pueden ser limitados con el objetivo de permitir la vida en sociedad y mantener el orden público, mediante normas de Policía. Por tal razón, las restricciones a estos postulados superiores, están sometidas a una serie de garantías constitucionales como son el principio de legalidad y tipicidad, lo que implica que solo la autoridad competente puede regular las libertades de las personas, bajo estrictos criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

44. De esta manera, el cumplimiento de las disposiciones que reglamentan el comportamiento de las personas recae en los funcionarios que ejercen función y actividad de Policía. Sin embargo, en la **Sentencia T-030 de 2017**, la Corte precisó

¹⁰² Sentencia SU-476 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰³ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁰⁴ Que consagra el nuevo Código Nacional de Policía y de Convivencia

¹⁰⁵ Artículo 1° de la Ley 1801 de 2016.

¹⁰⁶ Literal b, numeral 2° artículo 33 de la Ley 1801 de 2016.

¹⁰⁷ Literal e numeral 2° del artículo 33 de la Ley 1801 de 2016.

¹⁰⁸ Artículo 36 del Manual de Convivencia del Distrito de Barranquilla.

que los particulares pueden exigir a sus pares la observancia de las mencionadas reglas de ordenación de la conducta, sin que en alguna medida dicha actuación implique la suplantación de la autoridad de Policía ni la habilitación de modos de auto justicia, pues no están investidos de función pública para hacer cumplir las normas básicas de convivencia.

En efecto, la posibilidad de que una persona particular pueda exigir de otra, con la cual tiene una relación horizontal (de pares), el cumplimiento de los deberes contenidos en determinadas normas comportamentales que permitan mantener el orden público en el lugar en el que se encuentre (por ejemplo una persona que pide a su vecino que baje el volumen de su radio, la solicitud de retiro de una zona pública o abierta al público porque ha culminado su jornada de atención, entre otras), en ningún momento implica la potestad de hacer cumplir las disposiciones de Policía, pues dicha función está reservada a los funcionarios investidos de autoridad.

Caso concreto

45. La actora formuló acción de tutela contra las personas naturales demandadas, por la presunta vulneración de 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, generada por el reclamo realizado por el administrador del establecimiento comercial donde se encontraba con su pareja, porque supuestamente realizaron manifestaciones de afecto y por su orientación sexual diversa.

En el presente asunto, las expresiones de afecto entre la accionante y su acompañante no configuraron actos obscenos proscritos por la normativa de Policía, lo que hubiese permitido un reclamo legítimo por parte de los accionados. Por el contrario, el repudio a la actuación de la peticionaria configuró un acto de discriminación por su orientación sexual diversa, ya que, la misma conducta desplegada por parejas heterosexuales no mereció el reproche de los demandados, tal y como pasa a demostrarse a continuación.

El reclamo del administrador de “Licores la Licorera” o “La Licorería” a una pareja con orientación sexual diversa por manifestaciones públicas de afecto realizadas dentro del local comercial violó sus derechos fundamentales

46. Esta Sala encuentra acreditado en el proceso que el 22 de julio de 2018, la accionante y su pareja, se encontraban en el establecimiento comercial “Licores la Licorera” o “La Licorería”, cuando fueron abordados por el administrador del lugar, quien les reclamó por las expresiones de afecto que mutuamente se prodigaban, particularmente porque se tomaban de las manos y se besaban.

Los documentos electrónicos aportados por las partes, en concreto, por Rafael Brochero Bottia, a los cuales la Sala les otorga pleno valor probatorio porque provienen del demandado y no fueron objeto de reparos ni tachas, dan cuenta de su actuación como administrador. En efecto, admitió haberle reclamado públicamente a la pareja debido a que su comportamiento no era habitual en el establecimiento y a que sus expresiones de afecto eran extralimitadas, lo cual

incomodaba a los demás clientes. Lo anterior, tal y como está probado en el expediente, generó que la pareja se retirara del local.

47. Las manifestaciones de afecto que la demandante y su pareja expresaron con un beso y cuando se tomaron de las manos, no configuran supuestos fácticos sancionados legalmente por las autoridades, ya que ni siquiera los demandados lo calificaron de tal forma, pues no implicaron actos de un alto contenido íntimo, sexual o de naturaleza obscena, proscritos por el Legislador, lo cual hubiera habilitado al administrador del local, para exigir el cumplimiento de las normas básicas de comportamiento, mediante medidas de acción proporcionales como sería un llamado de atención.

En ese sentido, los besos y otras manifestaciones de afecto como sería tomarse de la mano, caricias faciales y palabras cariñosas, entre las parejas que se quieren entre sí, sean heterosexuales o de orientación sexual diversa, o como las que se prodigan los padres e hijos, son la más genuina expresión de la naturaleza humana, de la exteriorización de los sentimientos que surgen a partir de una elección específica de vida, amparada por el ejercicio de su libertad individual, su dignidad, su libre desarrollo de la personalidad y el derecho a no ser molestado en sus esferas más íntimas de existencia, lo que les permite realizarlo públicamente y no de manera escondida u oculta.

No existe restricción legal para el ejercicio de estas libertades individuales en concreto, por lo que el administrador, en el asunto objeto de estudio, no podía imponer algún tipo de limitación, restricción o llamado atención a los visitantes del establecimiento que presta sus servicios al público en general, relacionados con el ejercicio de sus derechos fundamentales, sean estas parejas heterosexuales o con orientación sexual diversa, pues dicha manifestación no implicó el desconocimiento de alguna norma de policía, no alteró el orden público, ni afectó los bienes jurídicos bajo custodia del encargado del lugar.

Por el contrario, existe una obligación constitucional, legal y reglamentaria de los particulares en la garantía de los derechos fundamentales de las personas que acceden a los servicios ofrecidos por los comerciantes. Por tal razón, no podía restringir los ámbitos *ius fundamentales* de la demandante, pues generaron un déficit de protección en las opciones de libertad individual, que se concretó en el reproche infundado a las manifestaciones de afecto con su pareja, puesto que la supuesta incomodidad de los demás clientes, la cual no está probada en el expediente, no podía ser razón suficiente para trasgredir las garantías superiores invocadas.

En suma, se pudo acreditar que la conducta del administrador configuró una violación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la igualdad, concretamente la prohibición de discriminación por la orientación sexual diversa, invocados por la accionante, la cual tiene vocación de permanencia en el tiempo, debido a que sus efectos se proyectan en la actualidad y generan la necesidad de que el juez de tutela intervenga para hacer cesar las vulneraciones expuestas, y garantice la no repetición de estas conductas en contra de la peticionaria.

48. La Sala considera que la conducta del administrador generó su responsabilidad directa y la del dueño del establecimiento de comercio, por las siguientes razones:

i) Se trató del hecho de un dependiente que contribuye al desarrollo de la actividad económica a través del establecimiento comercial de propiedad del señor Carlos Alberto Brochero Bottia.

ii) Los hechos sucedieron al interior del local comercial, espacio en el que las personas accionadas tenían el pleno control de la situación y sin embargo, no desplegaron ninguna actividad para evitar la consumación de las vulneraciones a los derechos invocados por la demandante.

iii) Esa situación configuró una restricción injustificada de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal de la accionante, puesto que los besos entre las parejas y demás manifestaciones de afecto como expresión de sus sentimientos, sin importar su orientación sexual, es decir, si aquella es diversa o no, tienen protección constitucional y generan la obligación de respeto y tolerancia por parte del Estado y los particulares, ya que representa la expresión de la opción de vida elegida por la demandante, sin que su ejercicio en este especial caso, implicara una afectación o un riesgo en los derechos de los demás, ni la trasgresión del ordenamiento jurídico.

iv) El reproche realizado por el administrador a la actora, carece de sustento constitucional y legal por las siguientes razones: a) se trató de una manifestación de afecto que en ningún caso implicó un acto sexual, obsceno o de contenido íntimo muy alto según las normas de Policía, que atentara contra la convivencia o el orden público, por lo que no configuró una conducta prohibida o sancionada típicamente; y, b) las personas accionadas, tenían la obligación de tolerar ese acto de cariño, sin consideración a la orientación sexual de quienes lo realizaron.

49. De igual manera, está probado en el expediente que la accionante expresó su orientación sexual diversa, condición que la ubica en un grupo de especial protección, debido a la discriminación histórica y sistemática que ha sufrido esa colectividad, por los miedos y los prejuicios sociales y morales que carecen de fundamentos razonables¹⁰⁹, por lo que el presente asunto reviste una especial trascendencia constitucional.

La Sala verificará si en el presente caso procede la aplicación de la presunción de discriminación por la orientación sexual diversa, conforme a las subreglas jurisprudenciales establecidas por esta Corporación y que fueron expuestas previamente.

50. La aplicación de la presunción de discriminación por la orientación sexual diversa tiene la naturaleza de acción afirmativa procesal ante la dificultad probatoria que se presenta en estos casos. Bajo ese entendido, dicho instrumento permite, mediante la utilización de criterios de diferenciación positiva, suponer que ha operado un trato desigual con efectos nocivos en la garantía de los derechos

¹⁰⁹ Sentencias T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; y, T-030 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

fundamentales de la población LGBTI, por lo que corresponde al supuesto infractor demostrar que su actuación no configuró un desconocimiento del principio de igualdad.

Se trata de una presunción legal, por lo que su aplicación no implica para la parte contra quien se aplica: i) la imposibilidad de aportar elementos de prueba que permitan controvertir los efectos procesales; y, ii) la declaratoria de *iure* de responsabilidad por la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

De esta manera, la presunción de discriminación por la orientación sexual no genera un tránsito hacia la concepción de los derechos de la comunidad LGBTI como absolutos frente a los derechos de los demás, pues: i) se trata de una carga procesal justificada y proporcionada en cabeza de quien es destinatario de los efectos de la presunción, ya que puede desvirtuarla mediante la utilización de los mecanismos procesales dispuestos por el ordenamiento jurídico para tal fin; ii) su uso arbitrario puede generar escenarios de deslegitimación de las medidas afirmativas y de discriminación institucional, en el entendido de que produciría supuestos de indefensión total de quienes hacen parte de esa colectividad, lo que avalaría un tratamiento asistencialista injustificado y desproporcionado por parte del Estado, que en últimas afectaría la dignidad humana de los beneficiarios de las acciones positivas; y, iii) la responsabilidad en materia de vulneración de derechos fundamentales de la comunidad LGBTI, puede presumirse, pero la eficacia de esta opción procesal depende del material probatorio recaudado en el proceso de tutela¹¹⁰.

Conforme a lo expuesto, el empleo de esta presunción debe hacerse con fundamento en las especiales situaciones del caso concreto, de tal manera que le permita al juez constitucional mantener márgenes de razonabilidad al momento de proferir una decisión de fondo en un caso particular.

51. En el presente asunto, solamente Rafael Brochero Bottia¹¹¹ negó enfáticamente la intención de discriminar por razón de la orientación sexual a la demandante, no obstante, la Sala considera que dicha afirmación carece de sustento fáctico y probatorio como pasa a verse a continuación:

i) La aplicación de la presunción de discriminación por la orientación sexual diversa de la accionante, en atención a que:

- Está acreditado que la demandante tiene una orientación sexual diversa;
- Los hechos que sustentan las vulneraciones a los derechos fundamentales invocados, *prima facie*, se adecúan al criterio sospechoso de trato desigual, por la condición sexual de la actora;
- Las personas demandadas no lograron desvirtuar probatoriamente la discriminación alegada por la peticionaria.

¹¹⁰ Sentencia T-030 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹¹ puesto que el señor Carlos Alberto Brochero Bottia guardó silencio durante todo el trámite de esta tutela.

ii) Adicionalmente, la prueba documental que obra en el expediente, permite acreditar que el administrador aceptó que reprochó las manifestaciones de afecto de la pareja, pues consideró, sin ninguna justificación razonable, que no podían besarse ni tomarse de las manos al interior del local comercial. En tal sentido, que el establecimiento comercial fuera de "*ambiente familiar*" por lo que dicho comportamiento no es habitual en aquel sitio y que además, sus clientes se incomodaron por la situación, no son razones suficientes para reprochar la actuación de la actora, ya que su reclamo se enfocó en la expresión de cariño que la pareja había realizado.

52. La Sala estima que en este caso está acreditada la discriminación sufrida por la accionante por su orientación sexual diversa, pues la actuación del administrador estuvo motivada por dicha condición, criterio que esta Corporación ha considerado como *sospechoso*, además *carece de toda justificación* pues con la misma no se buscó alcanzar un fin constitucionalmente imperioso y, por el contrario, el reproche a las manifestaciones de afecto de la pareja diversa constituyó una vulneración a los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, invocados por la actora, *produjo un trato desigual*, puesto que el análisis del material probatorio que obra en el expediente, permite concluir que el dependiente no realizó ese mismo llamado de atención a otras parejas de condición heterosexual y finalmente, *configuró un perjuicio*, en el ejercicio de los garantías superiores enunciadas en el amparo, particularmente, porque fueron increpadas por las expresiones de afecto mutuas, lo anterior, generó su retiro del lugar, y además, el demandado condicionó su entrada al hecho de que "(...) *sepan comportarse*".

53. La Sala llama la atención sobre las expresiones utilizadas por Rafael Brochero Bottia para llamarle la atención a la accionante y su acompañante, especialmente, aquellas relacionadas con el "*ambiente familiar*" de su establecimiento, la situación "*extraña*" de dos mujeres besándose y tomadas de la mano en su negocio, particularmente porque no es un lugar "*de ambiente para parejas del mismo sexo*". Finalmente, la condición para que puedan entrar y permanecer en el sitio que administra, consistente a que la pareja debe saber "*comportarse*".

El lenguaje utilizado por el demandado denota una fuerte carga de discriminación por la orientación sexual diversa, basada en formas de exclusión proscritas por la Constitución, puesto que los lazos que se construyen de las personas que se quieren surgen por las relaciones de apoyo y afecto mutuo, sin importar su condición sexual.

Bajo ese entendido, el lenguaje del accionado privilegió un modelo de exclusión en oposición a un escenario de tolerancia y respeto para las parejas del mismo, con lo cual también desconoció la garantía de no discriminación. Tal decisión fue reafirmada al condicionar su acceso a una clara condición normalizadora, pues la accionante deberá "*aprender a comportarse*" en el espacio que administra el demandado, lo cual desconoce los derechos a la dignidad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, ya que representa una intromisión indebida en los planes de vida de la accionante.

54. La Corte, en **Sentencia C-147 de 2017**¹¹², precisó que la utilidad del lenguaje trasciende el escenario típicamente comunicativo, en el que se orienta al intercambio de pensamientos e ideas, en el marco de la literalidad de lo expresado por la nomenclatura de cada palabra y por la gramática de cada frase. La palabra no se reduce al signo y a su funcionalidad gramática, sintáctica o pragmática, en la medida en que no solo atiende a su significado concreto, sino a la función que se predica de ella en una oración o al contexto en el que se emite o se recibe.

Las palabras no solo responden a su significado formal¹¹³, sino que este se encuentra ligado al contexto, responde al uso comúnmente aceptado y a la valoración social de la cosa referida¹¹⁴. De este modo hablar del lenguaje no solo implica hablar de significados en abstracto, sino de un conjunto de referentes sociales con un alto poder simbólico.

La función potencial del lenguaje no solo se encuentra referida a la capacidad de comunicar ideas, sino también a la posibilidad de crear, transformar o extinguir percepciones sobre las cosas a las que se refieren las palabras. En ese sentido la palabra crea realidad y la difunde¹¹⁵, pues asienta socialmente representaciones sobre las cosas nombradas que serán aceptadas o rechazadas conforme la escala axiológica de los emisores y receptores de los mensajes.

55. El lenguaje no es únicamente una herramienta para crear símbolos e interpretarlos. Su alcance no se limita a la descripción de hechos ni a ser un medio de comunicación formal. También tiene capacidad de crear realidades, deconstruirlas o perpetuarlas, pues la cultura y el poder se moldean, en muchas ocasiones, desde los términos en los que se desarrolla una expresión y los discursos¹¹⁶, y a la vez, aquellas definen el alcance del lenguaje. En ese sentido, expertos de la comunicación y lingüistas han identificado que determinados discursos tienen una carga valorativa, que crea privilegios o que excluye y discrimina. Es decir, no solo tienen una fuerte carga emotiva, sino que además se proyectan con efectos conductuales, inclusive jurídicos.

56. El académico **VAN DIJK** estudió la especial relación que existe entre el lenguaje y la discriminación. Sostiene que el lenguaje “(...) *no es simplemente un instrumento de comunicación entre individuos anteriores a él (...), [p]or el contrario, posee (...) un papel fundante dado su potencial creativo y ordenador*”¹¹⁷. Bajo esa premisa, explica que la desigualdad puede venir de las

¹¹² M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹³ FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. Siglo XXI. Buenos Aires, 1968. P. 45.

¹¹⁴ En la teoría lingüística de Ferdinand de Saussure, se trata de los denominados significantes y significados del signo lingüístico. Ver: ZORRAQUINO, María Antonia Martín. *El Cours de linguistique générale (1916) de Ferdinand de Saussure: algunas reflexiones, desde la lingüística hispánica, en el centenario de su publicación*. Universidad de Zaragoza, 2016.

¹¹⁵ BOURDIEU, Pierre. *¿Qué significa hablar?*. Ediciones AKAL, 2008: “(...) *el lenguaje es el primer mecanismo formal cuyas capacidades generativas no tienen límite*”. Además FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. Siglo XXI. Buenos Aires, 1968. P. 46: “*Pues era muy posible que antes de Babel, antes del Diluvio, hubiera una escritura compuesta por las marcas mismas de la naturaleza, de modo que estos caracteres tendrían el poder de actuar directamente sobre las cosas, de atraerlas o rechazarlas, de figurar sus propiedades, sus virtudes y sus secretos.*”

¹¹⁶ Leach, Edmund. *Cultura y comunicación: la lógica de la conexión de los símbolos*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1985.

¹¹⁷ Van Dijk, Teun A. *El lenguaje y el status quo en Lenguaje y Discriminación*, de Islas Azais, Héctor.

mismas expresiones lingüísticas que se presentan como descripción de la realidad abstraída de cualquier influencia. Considera que “(...) *la coartada discriminatoria induce a concebir las desigualdades como resultado de la naturaleza y no como construcción cultural.*”¹¹⁸ En ese sentido, resalta que la realidad no tiene identidad con la construcción simbólica de lo que en el lenguaje se expresa como una descripción de la realidad, pues la utilización de determinados símbolos o palabras puede tener una carga valorativa para llevar a cierto resultado. En palabras del académico, “(...) *debería plantearse que entre lo real y lo que el sujeto percibe como su realidad se ubica precisamente una mediación simbólica a partir de la cual se inducirán, entre otras, las discriminaciones negativas (...)*”¹¹⁹. A su juicio, esa carga valorativa del lenguaje, ha sido determinante para que en ciertas épocas un concepto, una condición o una característica se torne inferior, diferente o meritoria de exclusión.

Por ejemplo, varios estudios han relacionado el lenguaje con la reproducción del racismo en el que se considera que el consenso social está condicionado por determinadas ideologías dominantes¹²⁰ que se representan a través del lenguaje, el cual, a su turno “(...) *excluye u oscurece a algunos sujetos sociales, no sólo representa lingüísticamente la negación de los mismos, sino que contribuye a la reproducción y permanencia de prejuicios comunes*”¹²¹.

57. El uso del lenguaje tiene un fuerte impacto en el ideario de cognición social, pues la evaluación del mismo genera la necesidad de la representación, es decir, aquellos contenidos y estructuras de los modelos que la gente elabora para cada suceso social. Se trata entonces de un proceso comunicativo multidimensional que está incrustado en las construcciones sociales y culturales, y que en ocasiones genera escenarios de control y resistencia entre grupos¹²².

58. Bajo ese entendido, la Sala reitera que la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante no solo acaeció por la acción desplegada por el administrador del local comercial, sino que también se presentó por el lenguaje utilizado por aquel para reprochar el comportamiento de la peticionaria, el cual tuvo una fuerte carga discriminatoria, particularmente por su orientación sexual diversa y su pretensión normalizadora e invisibilizadora de la diferencia, lo cual es inadmisibles en términos constitucionales.

59. Ahora bien, la Sala resalta que la situación que dio origen a la acción de tutela de la referencia, no constituye prueba de una violación masiva y sistemática de los derechos fundamentales de la población LGBTI por parte de las personas demandadas, sino que, se trató de un caso singular y aislado de violación de derechos fundamentales y de discriminación por la orientación sexual diversa de la demandante.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Van Dijk, Teun A. *Discurso y racismo* en Persona y sociedad, 2001.

¹²¹ Tapia-Arizmendi, Margarita; Romani, Patrizia. *Lengua y género en documentos académicos*. Revista de Ciencias Sociales, vol. 19, núm. 59, mayo-agosto, 2012, pp. 69-86 Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México.

¹²² Van Dijk, Teun A. *Discurso y desigualdad*. Estudios de periodismo, universidad de La Laguna, 1992. Pág. 19-20.

Sin embargo, cada posición jurídica *ius fundamental* es valiosa y exige la mayor protección posible por parte del Estado y de los particulares, por lo que al verificarse las vulneraciones alegadas, como ocurre en el presente caso, el juez de tutela está en la obligación de hacer cesar inmediatamente las afectaciones a los derechos fundamentales, procurar su reparación en el mayor grado posible y evitar que esas situaciones vuelvan a ocurrir.

Órdenes

60. Conforme a lo expuesto, esta Sala revocará la sentencia de segunda instancia, proferida dentro del trámite de tutela y en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la igualdad y a la garantía de no discriminación por razón de su orientación sexual diversa, invocados por la accionante.

Como medida de reparación por los perjuicios ocasionados a la demandante y el restablecimiento, en el mayor grado posible, de los derechos fundamentales invocados, la Sala ordenará a las personas accionadas ofrecer una excusa escrita y privada a la peticionaria, por los hechos que dieron origen a la acción de tutela de la referencia y el desconocimiento de las garantías superiores desconocidas.

Este modelo de decisión ha sido adoptado por este Tribunal en ocasiones anteriores en donde analizó casos que guardan identidad fáctica (**Sentencia T-030 de 2017**¹²³), pues dicha medida es suficiente, idónea y eficaz para conjurar las vulneraciones a los derechos fundamentales invocados.

De igual manera, deberán permitir el acceso de la accionante al establecimiento de comercio, sin que le impongan barreras o prohibiciones derivadas de su orientación sexual diversa y las manifestaciones de afecto o cariño.

En tal sentido, la Sala oficiará a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Personería Distrital de Barranquilla para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales acompañen el cumplimiento de esta sentencia, con la finalidad de garantizar la protección eficaz de los derechos fundamentales objeto de amparo constitucional.

Adicionalmente, la Corte accederá a la pretensión relacionada con ordenar la difusión del presente fallo, por considerar que dicha medida es necesaria para materializar la garantía de no repetición y prevenir la discriminación contra la población LGBTI por quienes ejercen actividades comerciales. Con fundamento en lo expuesto, la Corte exhortará a la Cámara de Comercio de Barranquilla, para que en el marco de sus funciones legales, particularmente la establecida en los numerales 1º y 9º del artículo 86 del Código de Comercio, referidas a la garantía de los intereses generales del comercio, a la organización de exposiciones y conferencias y la realización de estudios o informes relacionados con sus objetivos, socialice con los establecimientos de comercio registrados, el contenido de la presente providencia.

¹²³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Las medidas adoptadas previamente por la Sala para conjurar las vulneraciones a los derechos fundamentales que fueron acreditadas en esta providencia, son suficientes, idóneas y eficaces para alcanzar los fines de la presente acción de tutela, en especial, la garantía de no repetición.

Conclusiones

61. La Sala encontró acreditada la procedencia general de la acción de tutela de la referencia. Por tal razón, asumió el estudio de fondo y respondió al problema jurídico formulado relacionado con la vulneración de los derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual diversa de los accionantes, de la siguiente manera:

a. La dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad personal, configuran los elementos básicos para que una persona pueda desenvolverse en sociedad¹²⁴, pues constituyen los baluartes que garantizan el ejercicio de la libertad y la autonomía individual, sin la intervención de terceros ajenos al fuero íntimo de cada sujeto de derechos.

b. La igualdad contiene un mandato de prohibición de las discriminaciones que impliquen un trato distinto no justificado, con la capacidad de generar efectos adversos a los destinatarios de las normas y las conductas que las crean, sin que se encuentren obligados a soportar esos niveles de desprotección, especialmente en materia de orientación sexual diversa.

c. Cualquier persona natural puede realizar actuaciones tendientes a exigir el cumplimiento de las normas básicas de convivencia contenidas en las respectivas disposiciones de Policía, más no pueden pretender hacerlas cumplir por sus propios medios, pues dicha facultad está reservada a los funcionarios investidos de autoridad.

d. En el caso concreto, se acreditó que el reproche realizado por el administrador a la accionante, por las manifestaciones de afecto que realizaba con su pareja, comportó una vulneración a los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal de la demandante. De igual forma, configuró un acto de discriminación por la orientación sexual diversa.

e. De acuerdo con lo anterior, concedió el amparo a los derechos fundamentales invocado por la solicitante y ordenó a los demandados que presenten excusa escrita y privada a la peticionaria y además, a que adelanten todas las acciones necesarias para permitir el acceso y la estancia de la accionante en el local comercial, sin que se impongan restricciones o prohibiciones derivadas de su condición sexual diversa y de las manifestaciones de afecto.

De igual manera, ofició a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Personería Distrital de Barranquilla para que, dentro del ámbito

¹²⁴ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

de sus competencias constitucionales y legales acompañen el cumplimiento de esta sentencia.

Finalmente, exhortó a la Cámara de Comercio de Barranquilla para que en ejercicio de sus funciones legales, socialice el contenido de la presente providencia con quienes ejercen actividades comerciales y se encuentran registrados ante esa entidad.

III. DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia del 29 de octubre de 2018, proferida en segunda instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, que confirmó el fallo de 10 de septiembre de 2018, emitido por el Juzgado 15 Civil Municipal de esa misma ciudad, que había declarado improcedente la acción de tutela promovida por la accionante. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal, a la igualdad y la prohibición de discriminación por la orientación sexual diversa de Luz Nelly Jiménez Cabeza.

Segundo: ORDENAR a Carlos Alberto Brochero Bottia en calidad de propietario de "*Licores la Licorera*" o "*La Licorería*" y a Rafael Brochero Bottia como administrador del mencionado establecimiento de comercio que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, presenten excusa escrita y privada a Luz Nelly Jiménez Cabeza por los hechos que dieron origen a la acción de tutela de la referencia y las vulneraciones a los derechos fundamentales invocados en la misma. Adicionalmente, deberán adelantar todas las actuaciones necesarias para permitir el acceso y la estancia de la accionante en el local comercial, sin que se impongan restricciones o prohibiciones derivadas de su condición sexual diversa y de las manifestaciones de afecto. Vencido el término anterior, deberán presentar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, al juez de primera instancia un informe detallado del cumplimiento de esta orden y copia de las excusas presentadas.

Tercero: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte, se **OFICIE** a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Personería Distrital de Barranquilla para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, acompañen el cumplimiento de esta sentencia.

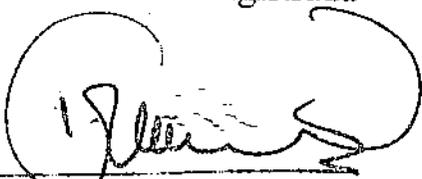
Cuarto: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte, se **EXHORTE** a la Cámara de Comercio de Barranquilla, para que, dentro del ámbito de sus funciones legales, socialicen el contenido de la presente providencia con las personas naturales y jurídicas que hagan parte del registro mercantil.

Quinto: Por Secretaría librese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.


GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada


CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada


JOSE FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
con salvamento Procid de voto.


MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

SECRETARIA T. 335/19.