

Sentencia T-077/16

CAMBIO DE NOMBRE-Protección constitucional

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO-Marco conceptual

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

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PROHIBICION DE DISCRIMINACION EN RAZON DE IDENTIDAD DE GENERO Y ORIENTACION SEXUAL-Reiteración de jurisprudencia

Constituye un acto discriminatorio cualquier trato diferenciado en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales y en general, en cualquier ámbito de la vida, que resulte contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, en tanto impone una carga no exigible jurídica ni moralmente a la persona. Sin embargo, es preciso advertir que no todo trato desigual per se supone un acto discriminatorio, ni tampoco la sola circunstancia de tener una orientación sexual o identidad de género diferente conlleva automáticamente a la protección de los derechos que se invoca a través de la acción de tutela, ya que en ambas situaciones le corresponderá al juez constitucional valorar los elementos de juicio necesarios para llegar a una decisión, partiendo de la buena fe y de las reglas de la sana crítica, dada la dificultad que existe para probar actos discriminatorios.

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

Ante situaciones de discriminación de grupos estructuralmente marginados como la población LGBTI y la falencia probatoria de los actos de agravio, en cumplimiento de los postulados constitucionales el juez de tutela debe invertir la carga de la prueba dado el déficit de protección en el que se encuentran dichas personas.

POBLACION LGBTI COMO GRUPO HISTORICAMENTE DISCRIMINADO

La población LGBTI constituye un grupo históricamente marginado por el Estado, la sociedad y la familia, en las distintas facetas y formas, de manera individual y colectiva, de manera expresa y sutil, en público y en privado, directa e indirectamente, consciente e inconscientemente. La población LGBTI vive luchando contra estigmas y estereotipos que los persiguen y excluyen tanto en espacios públicos como privados, por lo que no pueden vivir tranquilamente en una sociedad cargada de prejuicios, imaginarios colectivos y visuales homofóbicos que hacen que se perpetúe la discriminación. En ese contexto, la población LGBTI permanece segregada en una sociedad que por no

aceptar la diferencia prefiere invisibilizarla, acentuando más la problemática de inequidad y desigualdad que afrontan quienes pertenecen a dicho grupo porque como “minoría sexual” quedan al margen de las leyes, políticas públicas, programas de atención, acceso a servicios asistenciales y demás mecanismos de acción del Estado y la sociedad, lo cual significa que todas existen sin un enfoque diferencial.

POBLACION LGBTI-Protección constitucional/POBLACION LGBTI-
Deber del Estado de adoptar medidas necesarias para garantizar derechos y crear cultura ciudadana del respeto por la diferencia

DERECHO A LA PERSONALIDAD JURIDICA-Cambio de nombre como expresión de individualidad

DERECHO AL RECONOCIMIENTO DEL NOMBRE COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD-Reconocimiento como derecho fundamental y posibilidad de cambio

DERECHO AL RECONOCIMIENTO DEL NOMBRE COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El nombre como atributo de la personalidad permite que el individuo en desarrollo de su libertad y autonomía determine como desea identificarse y ser distinguido en la vida social y en las actuaciones frente al Estado, para ser reconocido como sujeto de derechos y obligaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

DISCRIMINACION-Rasgos fundamentales del fenómeno se establecen en función del contexto y del escenario específico en el que se produce, y en particular, del tipo de relaciones que subyacen al mismo

FENOMENO DISCRIMINATORIO-Carácter multifacético y pluralidad de manifestaciones/**DISCRIMINACION-**Formas en que se materializa

DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-
Caso en que se procede a inaplicar el artículo 94 del Decreto 1260 de 1970 para cambio de nombre por segunda vez

CAMBIO DE NOMBRE-Autorízase a Notaría realizar cambio de nombre por segunda vez, volviendo al nombre original

Referencia: expediente T-5.196.402

Acción de tutela instaurada por BB contra la Notaría Primera del Círculo de Bogotá y la Registraduría Distrital del Estado Civil.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y 33 y concordantes del Decreto Estatutario 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado 52 Civil Municipal de Bogotá, en el proceso de tutela de la referencia.

En el presente caso, por estar involucrado un asunto que pertenece a la órbita personal protegida por el derecho fundamental a la intimidad¹ de la parte actora, la Sala ha decidido no mencionar en la sentencia información que conduzca a su identificación y, en consecuencia, ordenará a los jueces de instancia y a la Secretaría de esta Corporación guardar estricta reserva respecto de la identidad de esta persona².

I. ANTECEDENTES

BB promovió acción de tutela contra la Notaría Primera del Círculo de Bogotá y la Registraduría Distrital del Estado Civil, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad.

1. Hechos.

1.1 Manifiesta que mediante escritura pública No. 5218 de 7 de noviembre de 2014 de la Notaría Primera del Círculo de Bogotá, realizó el cambio de nombre de AA al de BB, a fin de que coincidiera con su “*orientación sexual*”.

1.2 Menciona que la modificación del nombre de masculino a femenino no implicó cambio de sexo, pero lo hizo con la convicción de que podía ayudar a consolidar el proceso integral de la nueva identidad de género que ha venido construyendo desde tiempo atrás.

¹ Artículo 15 Superior.

² En igual sentido, las Sentencias T-063 de 2015, T-086 de 2014, T-611 de 2013, T-977 de 2012, T-1033 de 2008, T-810 de 2004, T-539 de 2004, T-436 de 2004, T- 220 de 2004, T-618 de 2000, SU-082 de 1995 y T-477 de 1995.

1.3 Indica que el 26 de junio de 2015 elevó una petición ante la Notaría Primera del Círculo de Bogotá solicitando el cambio de nombre por segunda vez, concretamente, pasar del femenino al masculino, dado que el nuevo nombre le ha ocasionado inconvenientes en la vida profesional y personal, *“hasta el punto que he sido objeto de burlas tanto familiar como a nivel laboral”*.

1.4 Señala que mediante oficio No. 2640 de 13 de julio de 2015, el Asistente de la Notaría Primera del Círculo de Bogotá contestó en forma negativa la solicitud, aduciendo que el artículo 94 del Decreto 1260 de 1970, permite el cambio de nombre una sola vez, por lo que debe acudir ante la jurisdicción civil.

1.5 Considera que la respuesta se escuda en un procedimiento inocuo e irrazonable, que *“desconoce la prevalencia del nombre como atributo de la personalidad y de los derechos fundamentales a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad, que merecen un tratamiento humano e igualitario anteponiendo cualquier otro interés de orden procesal o formal para garantizar derechos fundamentales. El derecho al nombre es propio de seres libres y autónomos, siempre que esas decisiones no deriven en acciones que comprometan el goce de derechos de otras personas. Si bien, en principio la prohibición contenida en el artículo 94 del Decreto 1260 de 1970, resulta razonable, en aras de la seguridad y el control que el Estado debe ejercer sobre esas situaciones, en casos especiales como el del suscrito, la restricción legal debe ceder ante la garantía constitucional de autodeterminación en cuanto a la construcción de una identidad propia, por medio, entre otras, de la modificación de la identidad legal”*.

1.6 En orden a lo expuesto, solicita que se ordene a la Notaría Primera del Círculo de Bogotá y a la Registraduría Distrital del Estado Civil adelantar el procedimiento correspondiente para cambiar el nombre al original masculino (esto es, cambiar de BB a AA), mediante escritura pública.

2. Decisión judicial objeto de revisión.

2.1. Mediante auto del 25 de agosto de 2015 el Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá, atendiendo a la naturaleza de las entidades demandadas, remitió las diligencias a los Juzgados Civiles Municipales para que tramitaran la acción de tutela instaurada.

2.2. El Juzgado 52 Civil Municipal de Bogotá por auto de 1° de septiembre de 2015 admitió la acción de tutela y corrió traslado a la Notaría Primera del Círculo de Bogotá y a la Registraduría Distrital del Estado Civil.

2.3. **Respuesta de la entidad demandada.** El Notario Primero del Círculo de Bogotá informó que AA estaba registrado con el indicativo serial No. 17476394 de 6 de abril de 1992, pero mediante escritura pública No. 5218 de 7 de noviembre de 2014 efectuó el cambio de nombre al de BB y se sustituyó el registro civil de nacimiento por el serial No. 53337364.

Señala que el 26 de junio de 2015, la parte actora solicitó que se modificara su registro conforme al original, lo cual fue despachado en forma negativa mediante oficio de 13 de julio del mismo año, bajo el argumento de que el Decreto 1260 de 1970 permite cambiar el nombre una sola vez y, en caso de que sean más, debe acudir al trámite judicial señalado en la misma normativa (folio 30, cuaderno principal).

2.4. **Única instancia.** El Juzgado 52 Civil Municipal de Bogotá en sentencia de 11 de septiembre de 2015 “*negó*” el amparo, ya que existe otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria, en los términos del Decreto 1260 de 1970 (folios 40 a 42, cuaderno principal).

3. Pruebas aportadas en instancia.

3.1. Copia del registro civil de nacimiento de AA, quien nació el 2 de abril de 1992 en Bogotá D.C. (folio 5, cuaderno principal).

3.2. Copia de la escritura pública No. 5218 de 7 de noviembre de 2014 de la Notaría Primera de Bogotá D.C., por medio de la cual AA cambió de nombre en el registro civil de nacimiento al de BB (folios 3 y 4, cuaderno principal).

3.3. Copia del registro civil de nacimiento donde la parte actora figura con el nuevo nombre, es decir BB, como consecuencia del cambio realizado mediante escritura pública No. 5218 de 7 de noviembre de 2014 de la Notaría Primera de Bogotá D.C., registrada el 24 de ese mismo mes y año (folio 32, cuaderno principal).

3.4. Copia de la petición elevada por la parte demandante ante la Notaría Primera de Bogotá el 26 de junio de 2015, solicitando un segundo cambio de nombre, es decir, de BB a AA, aduciendo que: “*tomé la decisión de hacer cambio de nombre, sin medir las consecuencias que me traería más adelante dicha decisión en lo profesional como personal, sin que esto implicara la modificación de mi sexo, ya que, quería darle un sentido diferente a la vida que estaba llevando*”.

Adicionalmente argumentó que existen decisiones de la Corte que han protegido el derecho fundamental al reconocimiento del nombre como atributo de la personalidad y, en virtud de ello, ha ordenado el cambio de nombre por segunda vez, inaplicando el artículo 94 del Decreto 1260 de 1970³ (folios 7 y 8, cuaderno principal).

3.5. Copia de la respuesta a la anterior petición, emitida el 13 de julio de 2015 por la Asistente del Notario Primero de Bogotá, a través de la cual negó el segundo cambio de nombre pretendido, argumentando que: “*El artículo 6° del decreto 999 de 1998, señala: el propio inscrito podrá disponer, por una sola vez, mediante escritura pública, la modificación del registro, para sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre, todo con el fin de fijar su identidad*”.

³ Menciona las sentencias T-977 de 2012 y T-1033 de 2008.

personal. Lo anterior implica que por vía notarial el cambio de nombre de un adulto opera por una sola vez. Y, si el interesado decide a los pocos meses variar nuevamente su nombre, así sea volver al anterior, es necesario que acuda a los trámites judiciales según lo prevé el título IX del decreto 1260 de 1970; por cuanto somos los ciudadanos quienes debemos adecuar nuestros comportamientos a los mandatos legales y no la ley a nuestro parecer. En cuanto a los fallos de tutela que el peticionario aporta y cita, tratan situaciones particulares que los accionantes se encargaron de probar ante el respectivo juez de tutela, razón por la cual la Notaría no puede entrar a adecuarlos al caso que aquí nos ocupa, máxime si se tiene en cuenta que el Notario no posee el poder discrecional que si posee el juez y no puede a su arbitrio acomodar la ley a las solicitudes de los interesados por el Notario es depositario de la Fe Pública y de la seguridad jurídica, que se verían menoscabadas con la libre interpretación que solicita el peticionario” (folio 9, cuaderno principal).

4. Pruebas decretadas en sede de revisión.

4.1. Con fundamento en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992, modificado por el Acuerdo 01 de 30 de julio de 2015⁴, que faculta a esta Corporación para decretar pruebas en sede de revisión, fue proferido el auto de 23 de noviembre de 2015, mediante el cual solicitó:

(i) A la parte demandante que ampliara la información consignada en el escrito de tutela, puntualmente en relación con los inconvenientes a nivel personal y laboral que le ha ocasionado el cambio de nombre, en orden a denotar la afectación de los derechos fundamentales invocados, en razón a que la información que reposa en el expediente no ofrece la suficiente claridad para que este Despacho se pronuncie de fondo. Asimismo que informara si ha acudido ante la jurisdicción ordinaria con el fin de obtener lo pretendido en sede de tutela, en caso de que la respuesta fuere afirmativa debía allegar la documentación que respalde su dicho y, si no ha iniciado ningún trámite judicial explicara las razones.

(ii) A la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior a fin de que informara si en la actualidad existe alguna directriz, política pública o norma encaminada a proteger a la población LGBTI en asuntos relacionados con su situación civil, puntualmente en el cambio de nombre en el registro civil de nacimiento.

4.2. La Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior solicitó desvincular a la entidad del presente trámite de tutela en razón a que no existe ninguna relación causal con los hechos que dieron origen a la acción ni ha vulnerado derecho fundamental alguno. Adicionalmente, informó:

⁴ “Artículo 57. Modificado por el Acuerdo 01 de 30 de abril de 2015. Pruebas en revisión de tutelas. Con miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General”.

“1. Que si bien no existe una política pública encaminada a proteger a las personas que hacen parte de la comunidad LGTBI en asuntos relacionados con el cambio de nombre en el registro civil de nacimiento, el Estado colombiano garantiza el ejercicio del derecho a fijar la identidad personal, en conexidad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin coacción alguna a partir del Decreto 1260 de 1970 que reglamenta lo concerniente al estado civil de las personas y por consiguiente a los datos jurídicos que han de ser consignados en el mismo y la forma de modificar los mismo en el registro civil de nacimiento.

2. Que el Decreto 1260 de 1970 fue modificado por el Decreto 999 de 1988 señalando la competencia y formas para las correcciones del registro del estado civil, autorizando el cambio de nombre ante notario por una sola vez.

3. Que el fallo proferido, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo, por la Sala Novena de Revisión de la tutela 594 de 1993 reconoce por primera vez el derecho de una persona transgenerista femenina a coadyuvar la fijación de su identidad femenina por medio del cambio de su nombre de masculino a femenino y, en las dos ocasiones especiales narradas en los fallos de revisión de las acciones de tutela 1033 de 2008 (Sala Cuarta de Revisión, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil) y tutela 611 de 2013 (Sala Sexta de Revisión, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla), es la honorable Corte Constitucional de Colombia quien reconoce la posibilidad de un cambio de nombre por segunda ocasión”.

4.3. El 12 de enero de 2016 esta Corporación se comunicó vía telefónica con BB, solicitándole nuevamente ampliar la información consignada en la tutela, para lo cual se reenvió el auto de 23 de noviembre de 2015 al *e mail* suministrado por la parte actora. El mismo día, en diálogo con BB pudo constatar que recibió el anterior correo electrónico. No obstante lo anterior, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Planteamientos de la acción y problema jurídico.

El 7 de noviembre de 2014, AA acudió a la Notaría Primera de Bogotá D.C. con el objeto de cambiar su nombre a BB, porque en su criterio coincide con la “*identidad de género*” que viene construyendo desde tiempo atrás.

Sin embargo, el 26 de junio de 2015 acudió nuevamente a la entidad con el fin de cambiar por segunda vez su nombre, pasando de BB a AA, bajo el argumento de que por llevar el nombre femenino ha sido objeto de burlas en el ámbito laboral y familiar, generándole inconvenientes porque no midió las consecuencias que traería su decisión.

La Notaría Primera de Bogotá D.C. atendió la petición de BB en forma negativa, aduciendo que el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970 (modificado por el artículo 6° del Decreto 999 de 1988), permite el cambio de nombre por una sola vez y teniendo en cuenta que la parte actora ya hizo uso de tal facultad debe acudir a la jurisdicción civil para obtener lo solicitado.

En instancia, el Juez 52 Civil Municipal de Bogotá mediante sentencia de 11 de septiembre de 2015, negó el amparo, en razón a que existe un medio de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria, en los términos del Decreto Ley 1260 de 1970.

En el presente asunto le corresponde a la Sala Sexta de Revisión determinar si a fin de proteger los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de una persona LGBTI que aduce ser víctima de discriminación social y hostigamiento, debe ordenársele a la Notaría Primera de Bogotá cambiar el nombre del actor por segunda vez, inaplicando el artículo 94 Decreto Ley 1260 de 1970.

En ese orden, es preciso advertir que en el *sub examine* la Sala abordará la temática tomando como punto de partida y base de la discusión el respeto por la dignidad humana, eje a partir del cual se desarrollan las demás garantías superiores como la igualdad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la personalidad jurídica, que según lo planteado por la parte actora se ven amenazadas por la reacción social que ha recibido a consecuencia de la decisión de modificar su nombre de AA -masculino- a BB -femenino- con el fin de que coincidiera con su identidad de género.

Lo anterior se explica porque a pesar de que AA ejerció el derecho a decidir su identificación cuando resolvió llamarse BB, ahora pretende modificarla no porque haya cambiado su identidad de género sino porque la discriminación social de la cual ha sido objeto desde entonces lo impulsan a tomar dicha determinación.

Así las cosas, para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala (i) analizará la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto; (ii) la identidad de género y la orientación sexual; (iii) los derechos a la dignidad humana, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad; (iv) la prohibición de discriminación por identidad de género; (v) la población LGBTI como grupo históricamente discriminado; (vi) protección a la población LGBTI; (vii) el nombre como atributo de la personalidad y su relación con los derechos fundamentales a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad; y finalmente (viii) resolverá el caso concreto.

3. Análisis de la Sala

3.1. Procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

El artículo 86 de la Constitución establece que a través de la acción de tutela, toda persona puede reclamar ante los jueces *“en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*, o de los particulares en los casos previstos en la ley y en la Carta Política. Sin embargo, el amparo solamente 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 relación con el carácter residual del amparo de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación⁵ ha sostenido que la existencia de otro medio de defensa judicial para reclamar la protección de los derechos conculcados torna improcedente la tutela, ya que esta no puede ser utilizada para sustituir o desplazar a los jueces ordinarios en el ejercicio de las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico.

No obstante, esta Corte ha admitido⁶ que la acción de tutela procede⁶ cuando se acredita que el medio ordinario no es lo suficientemente idóneo para otorgar un amparo integral, o no es expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁷. Esto significa que en cada caso le corresponde al juez analizar la eficacia real de los recursos con que cuenta el demandante⁸, valorando los efectos de su utilización en el *sub examine* respecto a la protección que eventualmente pudiese otorgar el amparo constitucional y con base en ello determinar la viabilidad del mismo.⁹

La parte actora acude a la acción constitucional con el fin de que el juez de tutela ordene el cambio de nombre que reclama por segunda vez mediante escritura pública, al considerar que el mecanismo civil ordinario *“desconoce la prevalencia del nombre como atributo de la personalidad y de los derechos fundamentales a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad, que merecen un tratamiento humano e igualitario anteponiendo cualquier otro interés de orden procesal o formal para garantizar derechos fundamentales. Si bien, en principio la prohibición contenida en el artículo 94 del Decreto 1260 de 1970, resulta razonable, en aras de la seguridad y el control que el Estado debe ejercer sobre esas situaciones, en casos especiales como el del suscrito, la restricción legal debe ceder ante la garantía constitucional de autodeterminación en cuanto a la construcción de una*

⁵ Cfr. Sentencia T-252 de 2005, T-585 de 2002 y T-469 de 2000.

⁶ Sentencias SU-377 de 2014, T-458 de 2014, T-066 de 2014, T-884 de 2013, T-916 de 2012, T-136 de 2010, T-130 de 2010, T-799 de 2009, T-785 de 2009, T-436 de 2009 y T-211 de 2009, entre otras.

⁷ Sentencia SU-961 de 1999.

⁸ Sentencias T-205 de 2012, T-890 de 2011, T-595 de 2011, T-177 de 2011, T-954 de 2010, T-074 de 2009, T-792 de 2006, T-1268 de 2005, T-069 de 2001 y T-871 de 1999, entre otras.

⁹ Sentencia T-1316 de 2001.

identidad propia, por medio, entre otras, de la modificación de la identidad legal”.

El proceso civil ordinario a que se hace referencia es el de jurisdicción voluntaria previsto en el numeral 11 del artículo 577 del Código General del Proceso¹⁰, escenario en el cual puede solicitar la corrección, sustitución o adición del nombre.

Pese a la existencia del medio judicial ordinario indicado, en asuntos similares al planteado -sentencias¹¹ T-611 de 2013¹² y T-086 de 2014¹³- este Tribunal ha considerado que el recurso de amparo procede excepcionalmente porque el procedimiento civil no resulta adecuado y eficaz para lograr las pretensiones y evitar un perjuicio irremediable. En ese contexto, *“la intervención del juez de tutela no invade la órbita de competencia de otra autoridad, sino que realiza los postulados superiores con base en las facultades que le ha otorgado la propia Constitución, todo ello en defensa de los derechos del ciudadano”*.¹⁴

Tratándose de situaciones como la planteada por la parte actora, que invoca la protección de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y personalidad jurídica, vulnerados con la negativa a cambiar su nombre ante Notario por segunda vez, cuya pretensión es consecuencia de las burlas de las que ha sido objeto en su familia y en el escenario laboral, la Sala Sexta de Revisión considera que la acción de tutela procede de manera excepcional en el *sub examine*, por cuanto someter a BB al trámite del proceso civil de jurisdicción voluntaria, cuyo término de resolución es superior al sumario de la acción de tutela, podría agravar la afectación psicológica que le ha generado la discriminación social estructural y el hostigamiento de los que ha sido víctima, según se advierte del escrito de tutela.

¹⁰ “Artículo 577. Asuntos sujetos a su trámite. Se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes asuntos: 11. La corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o del nombre, o anotación del seudónimo en actas o folios de registro de aquel.”

¹¹ En las sentencias T-1033 de 2008 y T-977 de 2012 la Corte decidió casos relacionados con el cambio de nombre por segunda vez a pesar de la restricción legal del artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, empero, las providencias en comento no desarrollan la procedencia de la acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección sino que luego del análisis dogmático resuelven el fondo del asunto.

¹² Al respecto, esta sentencia afirmó: *“Por otra parte, se ha reconocido que, no obstante la existencia de otros medios de defensa judicial, la acción de tutela procede cuando estos no sean idóneos, al igual que para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Así, la intervención del juez de tutela no invade la órbita de competencia de otra autoridad, sino que realiza los postulados superiores con base en las facultades que le ha otorgado la propia Constitución, todo ello en defensa de los derechos del ciudadano. Tal ocurrió, entre otros casos, en los que dieron origen a la precitada sentencia T-1033 de 2008 y a la T-977 de noviembre 22 de 2012, M. P. Alexei Julio Estrada”*.

¹³ Sobre el asunto, la Corte sostuvo: *“En cuanto a la subsidiariedad, cabe señalar que a pesar de que existen otros medios de defensa judicial como los dispuestos en la jurisdicción voluntaria, no son adecuados para lograr la pretensión del accionante y evitar un perjuicio a sus derechos fundamentales. Tal como fue señalado en la sentencia T-611 de 2013¹³, ante la inminencia de los daños que le ocasionan al actor mantener un nombre que riñe con su identidad sexual y su apariencia física, debe la Corte inclinarse por la garantía inmediata de los derechos fundamentales que el accionante invoca, y en consecuencia también proteger otros derechos que se desconocen como la dignidad humana y la autonomía. Por ello, la Sala considera que en el caso concreto, la acción de tutela es procedente, por cuanto la apariencia física del accionante no corresponde con su identidad sexual y de género, situación que lo afecta en el desarrollo de su vida diaria y en sus relaciones interpersonales”*.

¹⁴ Sentencia T-611 de 2013.

En esas condiciones, la situación apremiante que atraviesa BB por razón de su determinación personal y autónoma frente al rechazo social del que ha sido objeto, evidencian que la acción de tutela es el dispositivo judicial que tiene la virtualidad de otorgar una protección integral a los derechos fundamentales invocados, siendo menester determinar en sede constitucional si existe la vulneración y si hay lugar a adoptar medidas para conjurarla.

Lo anterior aunado a que este Tribunal ha admitido que tratándose de asuntos que involucran a personas en estado de vulnerabilidad, el examen de procedencia de la acción de tutela debe ser menos riguroso porque dada la condición especial de indefensión en que se encuentran, necesitan una herramienta eficaz cuyo trámite sumario asegura un remedio urgente para proteger los derechos fundamentales del afectado.¹⁵

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Sexta de Revisión entenderá satisfechos los presupuestos de procedencia de la acción de tutela formulada por BB contra la Notaría Primera de Bogotá D.C.

3.2. La orientación sexual y la identidad de género.

Previo a continuar con el análisis del asunto bajo estudio, es pertinente aclarar que en el presente fallo se hará mención a la población LGBTI, por lo cual es necesario hacer referencia a los conceptos de “*orientación sexual*” e “*identidad de género*”, en los términos que lo ha hecho recientemente la jurisprudencia de esta Corte para desarrollar razonamientos jurídicos respetuosos de los derechos fundamentales.

En la sentencia T-804 de 2014, esta Corporación realizó algunas precisiones conceptuales en cuanto a la “*orientación sexual*” e “*identidad de género*”, para lo cual trajo a colación el documento “*Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos*” de la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-, que definió los conceptos básicos del derecho internacional de los derechos humanos con relación a las personas LGBTI (acrónimo colectivo utilizado para referirse a las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans [travestis, transexuales y transgéneros] e Intersexuales).

Dicha providencia explicó la diferencia entre: (i) “*sexo*”, entendido como un hecho biológico que hace referencia a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer; y (ii) “*género*”, definido como una construcción social referido a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.¹⁶ Partiendo de ello, abordó el significado de la “*orientación sexual*” e “*identidad de género*”, concluyendo lo siguiente:

¹⁵ Sentencia T-099 de 2015.

¹⁶ “En otras palabras, “*el sexo se asigna al nacer, hace referencia al estado biológico de una persona como hombre o mujer, y se encuentra asociado principalmente con atributos físicos tales como los cromosomas, la prevalencia hormonal y la anatomía interna y externa*”; el género se refiere a “*los atributos, las actividades, las*

“Mientras la orientación sexual se refiere a la atracción física o emocional de una persona por otra (ya sea heterosexual, lesbiana, homosexual, bisexual o asexual), la identidad de género se refiere a la “experiencia personal de ser hombre, mujer o de ser diferente que tiene cada persona”¹ (ya sea transgenerista [transexual, travesti, transformista, drag queen o king] o intersexual) y la forma en que aquella lo manifiesta a la sociedad (la expresión de género ha sido entendida como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado (Rodolfo y Abril Alcaraz, 2008)”¹). En efecto, una persona trans puede ser heterosexual, lesbiana, homosexual o bisexual, tal y como pueden serlo quienes no son transgénero. Ahora bien, la anterior precisión terminológica tiene especial relevancia en la medida que, como es bien conocido, históricamente las personas LGBTI han enfrentado todo tipo de discriminación, empezando por el lenguaje utilizado para referirse o expresarse sobre ellas. De ahí la importancia de no confundir términos ni mezclar expresiones, en tanto lo que aparenta ser lo más básico, como el léxico utilizado sobre aquellas, es el punto de partida para garantizar el respeto por la diferencia. Con ello, no pretende la Sala hacer una clasificación definitiva sobre las definiciones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, por cuanto según se mencionó, se trata de conceptos complejos cuyas perspectivas o formas cambian con el tiempo y difieren entre las distintas culturas. Lo que pretende este Tribunal es recordar que no es dable para las autoridades o los particulares referirse a alguien según su parecer, sino como cada individuo se identifica, para de esa forma evitar que en el uso de la terminología sobre la materia se presenten imprecisiones sobre la orientación o identidad propias de quienes acuden a los jueces constitucionales en la búsqueda de la protección de sus derechos fundamentales”.

Recientemente la sentencia T-099 de 2015 caracterizó las nociones, así:

- **Orientación sexual:** Abarca los deseos, sentimientos, y atracciones sexuales y emocionales que puedan darse frente a personas del mismo género, de diferente género o de diferentes géneros.
- **Identidad de Género:** Es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, que puede o no corresponder con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida).

conductas y los roles establecidos socialmente (...) estos influyen en la manera en que las personas actúan, interactúan y en cómo se sienten sobre sí mismas”.

- **Personas transgénero:** Tienen una vivencia que no corresponde con el sexo asignado al momento de nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia, en los términos descritos es femenino, dicha persona generalmente se autorreconoce como una mujer trans. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia de la persona es masculina, dicha persona generalmente se autorreconoce como un hombre trans.
- **Personas cisgénero:** Tienen una vivencia que se corresponde con el sexo asignado al nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos, es masculina, dicha persona es un hombre cisgénero. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino, y la vivencia de la persona también es femenina, es una mujer cisgénero.

Las anteriores distinciones son relevantes para entender la forma como la Corte ha entendido estas categorías, sin embargo, ello no implica la imposición de algún tipo de límite y las distintas formas con las que un individuo puede autodenominarse o identificarse a sí mismo, de modo que son aproximaciones que no pueden tomarse como criterios excluyentes en la medida que *“son conceptos que se transforman continuamente a partir de la experiencia individual y de la forma en que cada ciudadano se apropia de su sexualidad. Por lo tanto, estas definiciones no se pueden tomar como criterios excluyentes sino como ideas que interactúan constantemente y que son revaluadas a partir de la experiencia de cada persona frente a su sexualidad y su desarrollo identitario”*.¹⁷

En ese contexto, es preciso afirmar que en el asunto *sub examine* la parte actora identifica y autodenomina su proceso individual como la construcción de su *“identidad de género”*¹⁸, razón por la cual la Sala se referirá a la situación planteada por BB bajo esa categoría.

3.3. Los derechos a la dignidad humana, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

La Carta Política en el artículo 1° cataloga a Colombia como un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, fundando en la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y, en la prevalencia del interés general. El artículo 2° establece que son fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes; correspondiendo a las autoridades de la República proteger a todos los residentes, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

3.3.1. La dignidad humana.

¹⁷ Sentencia T-099 de 2015.

¹⁸ Escrito de tutela, folio 10.

La dignidad humana es considerada por la jurisprudencia constitucional como el derecho fundante del Estado¹⁹ en tanto que *“es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución”*²⁰, ya que en virtud de ella se reconoce al ser humano como un fin en sí mismo, lo cual exige *“un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial, al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, este principio impone una carga de acción positiva frente a los derechos, más aún en relación con la vida, como desarrollo esencial de los valores, derechos y libertades individuales”*.²¹

En el mismo sentido, en la sentencia T-611 de 2013 la Corte sostuvo que *“el núcleo esencial de la dignidad humana supone que la persona sea tratada de acuerdo con su naturaleza humana y el Estado, dentro de sus fines esenciales debe preservar la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar. El respeto por la dignidad humana implica así aceptar a cada individuo como es, con sus rasgos característicos y diferencias específicas, pues esa individualidad es la que distingue cada sujeto de la especie humana”*.

En relación con la dignidad humana entendida como la base de la libertad y autonomía de cada individuo para adoptar el modelo de vida que desee en cuanto a decidir la forma de vida, esta Corporación ha sostenido que el individuo es autónomo para adoptar el estilo de vida que decida conforme a sus valores, creencias, convicciones e intereses porque es *“en lo íntimo de cada ser, es decir donde el individuo se encuentra a solas consigo mismo, que la persona decide el sentido de su vida y el significado que a ella quiere darle; eso es lo que llamamos el ser de cada persona”*²².

Por lo anterior, la dignidad es la fuente del derecho a la identidad sexual, entendida como la autonomía y autoridad propia de cada persona, orientada a fines específicos en ejercicio de su libertad, esto en otras palabras es asumir al individuo como dueño de su propio ser, ya que *“la persona por su misma plenitud, es dueña de sí, es el sujeto autónomo y libre. En otros términos, el distintivo de ser persona y el fundamento de la dignidad de la persona es el dominio de lo que quiere ser”*.²³

3.3.2. El derecho a la igualdad.

Sobre la base de la dignidad humana el ordenamiento constitucional desarrolla otros derechos fundamentales como la igualdad, según el cual todas las personas

¹⁹ Sentencia C-131 de 2014.

²⁰ Sentencias T-611 de 2013 y T-401 de 1992.

²¹ Sentencias T-611 de 2013 y T-645 de 1996.

²² Sentencia T-611 de 2013.

²³ Sentencia T-477 de 1995, reiterado en la sentencia T-611 de 2013.

nacen libres e iguales ante la ley y por tanto, deben recibir el mismo trato y protección por parte de las autoridades, y gozar de los mismos derechos, oportunidades y libertades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.²⁴

Sobre este principio y derecho la Corte en la sentencia T-1090 de 2005, sostuvo: *“La Constitución Política dispone a la igualdad como patrón fundamental del Estado y la sociedad. Al contrario, la Carta rechaza cualquier trato excluyente o diferenciador que no tenga estricta justificación en sus postulados. Pues bien, tales mandatos han sido inspirados por obligaciones y pautas normativas definidas internacionalmente que sirven de referencia para comprender su definición y alcance”*.

3.3.3. El derecho al libre desarrollo de la personalidad

De otra parte, el derecho al libre desarrollo de la personalidad²⁵ se ha entendido como la facultad que tienen los individuos de realizar su proyecto de vida conforme a sus valores, intereses, creencias y convicciones, sin más límites que los derechos de los demás y el orden jurídico.

Sobre el particular, este Tribunal en sentencia T-429 de 1994 manifestó: *“implica el reconocimiento de la aptitud física y moral que tienen todas las personas a realizarse individual y autónomamente, sin imposiciones o forzamientos de ninguna clase y sin controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, incluido el Estado, a menos que exista una obligación legal o contractual legítima o un deber social o cuando las respectivas acciones atenten contra los derechos de las demás personas o quebranten el orden público o contraríen una disposición jurídica que tenga la virtualidad de poder limitar válidamente el ejercicio del derecho aludido”*.

Acerca del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la sentencia C-481 de 1998, sostuvo que se refiere a las decisiones que un individuo toma de manera autónoma durante su existencia, determinando su modelo de vida y la visión de su dignidad como persona. Adicionalmente advirtió:

“En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana. La Corte ha reconocido entonces en este derecho “un contenido sustancial que se nutre del concepto de

²⁴ “ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

²⁵ “Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

persona sobre el que se erige la Constitución”, por cuanto el artículo 16 de la Carta “condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de las decisiones que directamente le incumben en cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado”²⁶.

Uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra identificación como personas singulares es nuestra identidad sexual, tal y como la Corte lo tiene bien establecido²⁷. Ahora bien, algunos teóricos distinguen entre la identidad sexual y la orientación o preferencia sexual²⁸. Así, la primera se refiere al hecho de que una persona se siente partícipe de un determinado género con el cual se identifica, mientras que la segunda hace relación a las preferencias eróticas del individuo. Sin embargo, en general las doctrinas coinciden en que, a pesar de esa distinción, la orientación o preferencia sexual es un elemento esencial de la manera como una persona adquiere una identidad sexual. Así las cosas, es lógico concluir que la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual -entre ellas la homosexual- hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (C.P., art. 16). En este sentido, la Corte ha afirmado que la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás.²⁹ Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental “la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales”, lo cual implica “la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social”³⁰. Por ello, señala esa misma sentencia, el “homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable.”³¹

En la sentencia T-314 de 2011, esta Corporación explicó que este derecho se materializa en el hecho consciente de cada persona para determinarse en las distintas opciones que ofrece la vida, diseñando autónomamente el plan que como ser humano pretende desarrollar en la sociedad. Es por esto que se ha

²⁶ Sentencia T-067 de 1997. Fundamento Jurídico No 6.

²⁷ Sentencia T-477 de 1995. Fundamento Jurídico 13.

²⁸ La distinción entre orientación y preferencia sexual es de matiz. Así, la palabra “orientación” se encuentra más asociada a las tesis que defienden la determinación biológica de la homosexualidad, mientras que el término “preferencia” es más utilizado por las concepciones que sostienen que se trata de una opción libre. Como la Corte no tiene por qué optar en este debate, en esta sentencia ha tendido a utilizar indistintamente los dos términos.

²⁹ Al respecto, véanse, las sentencias T-097 de 1994, T-539 de 1994, T-569 de 1994, T-037 de 1995, T-290 de 1995, C-098 de T-101 de 1998.

³⁰ Sentencia T-097 de 1994. Fundamento Jurídico 30.

³¹ *Ibidem*, Fundamento Jurídico 31.4.3.

sostenido que la finalidad de este derecho está enfocada a “*comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida. Es aquí donde se manifiesta el derecho de opción y es deber de las personas respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*”³².

De igual forma, el derecho al libre desarrollo de la personalidad constituye una extensión de la autonomía individual, a través de la cual se busca asegurar la independencia de las personas en la elección de su plan de vida, sin ningún tipo de interferencias que afecten sus ideales de existencia³³ y, en tal sentido, la Corte ha resaltado la importancia de la palabra “*libre*” que “*implica la imposibilidad de exigir determinados modelos de personalidad admisibles frente a otros que se consideran inaceptables o impropios*”³⁴.

En desarrollo de lo anterior, esta Corporación en la sentencia T-804 de 2014 señaló que el derecho a la identidad es una expresión de la autonomía individual y de la capacidad de autodeterminación de los seres humanos sobre sus condiciones de existencia física y moral³⁵, de modo que “*es un derecho en constante construcción*”³⁶.

En relación con el derecho a la identidad como expresión de la autonomía individual, este Tribunal en las sentencias T-804 y T-476 de 2014 ha citado diferentes casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

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

El derecho a la identidad es materialización del libre desarrollo de la personalidad, pues en estrecha relación con la autonomía, la persona se identifica o autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es dueña de sus actos y entorno con el cual establece su plan de vida y su

³² Sentencia T-542 de 1992. Reiterada en las sentencias T-804 de 2014, T-314 de 2011, T-473 de 2003 y T-124 de 1998, entre otras.

³³ Sentencia T-789 de 2013.

³⁴ *Ídem*.

³⁵ Sentencias T-804 de 2014, C-075 de 2007 y T-881 de 2002, entre otras.

³⁶ Sentencia T-804 de 2014.

*individualización como persona singular, elementos esenciales para la construcción de su identidad de género.*³⁷

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

‘Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.’³⁸’.

A su turno, esta Corporación en la sentencia T-909 de 2011 protegió el derecho individual a la libre opción sexual, destacando el componente de la individualidad pura, del cual hacen parte las opciones y decisiones sobre la sexualidad, como ámbitos definitivamente protegidos a través de las garantías de libertad, igualdad, y no discriminación.

En igual sentido, el fallo T-611 de 2013 señaló que la identidad sexual de la persona, está referida necesariamente a lo que ella considera en su fuero interno y a lo que pretende exteriorizar hacia sus semejantes, cobrando vital importancia la salvaguarda de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación, correspondiéndole al Estado abstenerse de imponer barreras arbitrarias para que el individuo decida su desarrollo vital y su modo legítimo de ser, incluyendo su condición sexual.

En suma, las garantías constitucionales previamente señaladas son manifestación de un Estado democrático y pluralista fundado en el respeto de la dignidad humana de sus integrantes, lo cual comprende la aceptación e inclusión

³⁷ En el mismo sentido, un grupo de especialistas internacionales en un documento titulado Principios de Yogyakarta “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”. Define la identidad de género como: “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” Marzo de 2007.

³⁸ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 91.

del ser humano en la vida social, con todo lo que es³⁹ física, moral y espiritualmente, con sus pensamientos, convicciones, plan de vida, decisiones, maneras de expresarse y realizarse en todos los ámbitos de la vida privada y pública. En consecuencia, se transgreden dichas garantías cuando cualquier autoridad o particular incurre en algún tipo de diferenciación arbitraria o sospechosa⁴⁰.

Esta Corte se ha referido a la problemática de la discriminación⁴¹, especialmente de personas pertenecientes a grupos que históricamente han sido marginados por diversas condiciones de índole social, económico, étnico, sexual, físico, mental, entre otros, y a fin de resolver el presente asunto, hará referencia a las personas LGBTI, cuya orientación sexual o identidad de género ha sido catalogada como tal.⁴²

3.3. La prohibición de discriminación por identidad de género.

El artículo 13 Superior establece la igualdad como parámetro normativo de trato y de comportamiento del Estado y la sociedad, rechazando toda conducta o trato que resulte excluyente o diferenciador salvo que esté constitucionalmente justificado.⁴³

La igualdad no ha sido ajena al ámbito internacional, que desde el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre advierte que *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*. Asimismo, en los artículos 1º, 2º y 7º establece que todos los seres humanos nacen libre e iguales ante la ley y por tanto, tienen los derechos y

³⁹ Sobre el particular, la Corte en sentencia T-611 de 2013, reiterando la sentencia T-477 de 1995, concluyó: *“Así, cada individuo es autónomo para adoptar un modelo de vida acorde con sus valores, creencias, convicciones e intereses, sin que autoridad o persona alguna pueda interferir en sus sentimientos, pensamientos e ideas. Es allí en lo íntimo de cada ser, es decir donde el individuo se encuentra a solas consigo mismo, que la persona decide el sentido de su vida y el significado que a ella quiere darle; eso es lo que llamamos el ser de cada persona”*.

⁴⁰ Sentencia T-314 de 2011.

⁴¹ Sentencia T-804 de 2014 y T-611 de 2014.

⁴² Cfr. Sentencia T-804 de 2014. La sentencia en cita, desarrolla un acápite sobre la identidad de género como criterio sospechoso de discriminación, y sobre el particular concluye: *“Se trata, entonces, de cualquier trato diferenciado, que generalmente se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, y que resulta contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, en tanto impone una carga no exigible jurídica ni moralmente a la persona. Los motivos o criterios utilizados para efectuar tales actos discriminatorios han sido denominados por esta Corporación como “sospechosos”, en la medida que han sido el referente histórico para subvalorar o poner en desventaja a ciertas personas o grupos. Dentro de los criterios sospechosos de discriminación identificados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se encuentran aquellos sustentados en el sexo, la orientación sexual y la identidad de género. En la sentencia T-314 de 2011 se hizo una específica referencia a las personas transgeneristas y se advirtió que de la población LGBTI, aquellas son el grupo sometido a mayor discriminación y exclusión por la sociedad, incluso por la propia población homosexual y bisexual”*.

⁴³ Al respecto, la sentencia C-530 de 1993, sostuvo: *“El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho - esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican”*.

libertades sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; siendo merecedoras de igual protección ante la ley y contra toda discriminación.

En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁴ en los artículos 2º y 3º establece la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna por los motivos señalados. El mismo principio se repite en los artículos 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁵, 2º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la Persona, 3º de la Carta de los Estados Americanos, 1º y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁶ y 19 de la Carta Democrática Interamericana.⁴⁷

En el año 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas -ONU- promulgó la primera Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, suscrita por 96 países -incluida Colombia-, por medio de la cual denuncia la discriminación y estigmatización por motivos de identidad de género u orientación sexual y reitera el derecho a la igualdad, así:⁴⁸

“2.Reafirmamos que todas las personas tienen derecho al goce de sus derechos humanos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, tal como lo establecen el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 2 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3. Reafirmamos el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

4. Estamos profundamente preocupados por las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género.

5. Estamos, asimismo, alarmados por la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, y porque estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquéllos sometidos a tales abusos.”

⁴⁴ Aprobado mediante Ley 319 de 1996.

⁴⁵ Aprobado mediante Ley 74 de 1968.

⁴⁶ Aprobado mediante Ley 16 de 1972.

⁴⁷ Aprobada en la sesión plenaria de 11 de septiembre de 2001 por la Organización de los Estados Americanos – OEA.

⁴⁸ http://old.ilga.org/news_results_b.asp?FileID=1217

Ahora bien, esta Corte⁴⁹ incorporó al análisis de la discriminación por identidad de género u orientación sexual, los Principios de Yogyakarta⁵⁰ que si bien es cierto no fueron expedidos por una autoridad que formalmente haga parte de alguno de los sistemas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵¹, también lo es que constituyen un parámetro integral para aplicar de manera eficiente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicando los principios generales del *soft law*⁵², entendidos como los “*instrumentos internacionales que no obstante no ser vinculantes tienen relevancia jurídica, si no también albergar bajo su mando diversas manifestaciones de acuerdos interestatales y consensos internacionales que independientemente de su valor jurídico se incorporan al discurso internacional y producen ciertos efectos que repercuten de diferentes formas en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento del derecho internacional, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el propio seno del derecho internacional*”⁵³.

Esta Corporación⁵⁴, haciendo referencia a los Principios de Yogyakarta concluyó que “[e]stos principios afirman la obligación primordial que cabe a los Estados, autoridades e incluso a actores de la sociedad civil en cuanto a la implementación de los derechos humanos. Además, brinda recomendaciones sobre las responsabilidades de todas las instancias involucradas en materia de promoción y protección”.⁵⁵

Los Principios de Yogyakarta con relación a los derechos a la igualdad y no discriminación prevén lo siguiente:

“**PRINCIPIO 2. LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN**”

⁴⁹ Sentencia T-099 de 2015.

⁵⁰ Consultados el 10 de febrero de 2016. http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp_principles.htm

⁵¹ Según el documento oficial que recoge los Principios, los mismos fueron elaborados de la siguiente manera: “(la) Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en nombre de una coalición de organizaciones de derechos humanos, han puesto en marcha un proyecto encaminado a desarrollar una serie de principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos a las violaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género, a fin de imbuir de una mayor claridad y coherencia a las obligaciones estatales en materia de derechos humanos”. Principios de Yogyakarta. [Consultado el 12 de marzo de 2015]. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf.

⁵² Cfr. Sentencia T-099 de 2015.

La sentencia T-235 de 2011, sostuvo: En materia de prevención y atención de desastres, la Sala considera que existen instrumentos de derecho internacional que resultan apropiados para la interpretación de las obligaciones estatales, con apego a lo dispuesto por la política pública recién citada. Así, documentos como la Estrategia y plan de acción de Yokohama, la Declaración de Hyogo, surgidos en el seno de la ONU y que hacen parte del denominado *soft law* (o derecho blando, en tanto su ubicación en el sistema de fuentes del derecho internacional público y su obligatoriedad para los estados es objeto de discusión) permiten comprender de manera integral y armónica al derecho internacional el alcance de tales obligaciones.

En concepto de esta Sala, independientemente de su valor (o no) como fuentes de derecho, tales instrumentos constituyen criterios y parámetros técnicos imprescindibles para la adopción de medidas razonables y adecuadas para la protección de los diversos intereses en juego, de manera que contribuyen al cumplimiento de la obligación central del juez en el estado de derecho, en el sentido de fallar con base en motivos razonables dentro del orden jurídico, y no mediante su capricho o arbitrariedad.

⁵³ Consulta realizada el 10 de febrero de 2016. <http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=1754>

⁵⁴ Se pueden consultar las siguientes sentencias como ejemplos de aplicación del *soft law* a los juicios de tutela que realiza el Tribunal: T-235/11 y T-077/13.

⁵⁵ Sentencia T-099 de 2015.

Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.

La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo el género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y posición económica.

Los Estados:

A. Si aún no lo hubiesen hecho, consagrarán en sus constituciones nacionales o en cualquier otra legislación relevante, los principios de la igualdad y de la no discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, inclusive por medio de enmienda e interpretación, y velarán por la efectiva realización de estos principios;

B. Derogarán todas las disposiciones penales y de otra índole jurídica que prohíban o de hecho sean empleadas para prohibir la actividad sexual que llevan a cabo de forma consensuada personas del mismo sexo que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, y velarán por que se aplique la misma edad de consentimiento para la actividad sexual entre personas del mismo sexo como y de sexos diferentes;

C. Adoptarán todas las medidas legislativas y de otra índole que resulten apropiadas para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en las esferas pública y privada;

D. Adoptarán todas las medidas apropiadas a fin de garantizar el desarrollo adecuado de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, según sean necesarias para garantizarles a estos grupos o personas el goce o ejercicio de los derechos humanos en igualdad de condiciones. Dichas medidas no serán consideradas discriminatorias;

E. En todas sus respuestas a la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, tendrán en cuenta la manera en que esa discriminación puede combinarse con otras formas de discriminación;

F. Adoptarán todas las medidas apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de la

*inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género”.*⁵⁶

Lo anterior evidencia que tanto en la legislación doméstica como internacional se prohíben las prácticas discriminatorias -específicamente por orientación sexual e identidad de género, inclusive-, estableciendo al tiempo mecanismos judiciales para proteger a las víctimas contra cualquier acto de segregación.

Por discriminación se entiende la diferenciación que se hace entre individuos o una colectividad por razones de origen, sexo, raza, religión, políticos, etc.⁵⁷ La Corte en la sentencia T-098 de 1994, definió los actos discriminatorios de la siguiente manera:

“La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable.

La discriminación es un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica.

El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende -consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.

Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona.

⁵⁶ Consulta realizada el 10 de febrero de 2016.

⁵⁷ Consulta realizada en el Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. <http://dle.rae.es/?id=DtHwzw2>. Que define discriminar como: “1. Tr. Seleccionar excluyendo. 2. Tr. Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, ect.”

De acuerdo con el Diccionario de Uso del Español de María Moliner. Tercera Edición 2007 y Tercera Reimpresión 2013, se define discriminar así: “1. Apremiar dos cosas como distintas (no la misma) o como desiguales. Diferenciar, discernir, distinguir. 2. Específicamente dar un trato de inferioridad a una colectividad a ciertos miembros de ella, por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”

El acto de discriminación no sólo se concreta en el trato desigual e injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones. También se manifiesta en la aplicación de la misma por las autoridades administrativas cuando, pese a la irrazonabilidad de la diferenciación, se escudan bajo el manto de la legalidad para consumir la violación del derecho a la igualdad.

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

Los actos discriminatorios contrastan con el principio de igualdad y demás postulados constitucionales -preámbulo y artículos 1º, 2º, 5º, 7º y 8º-, por lo que esta Corporación⁵⁸ ha insistido en que de la garantía de igualdad depende la realización de la dignidad humana y, en ese sentido, para que cualquier juicio de diferenciación sea legítimo es necesario que sea compatible con los valores superiores y específicamente con el artículo 13.⁵⁹ En consecuencia, toda actuación que lo contraríe debe ser objeto de valoración a fin de determinar si está constitucionalmente justificada a la luz de la Carta Política y en caso de que la infrinja es necesario corregir la irregularidad a través de un mecanismo judicial de respuesta inmediata, *verbi gratia* la acción de tutela.⁶⁰

Ahora bien, el artículo 13 de la Constitución trae categorías que este Tribunal ha definido como “*sospechosas*” en la medida que han sido el referente histórico para poner en desventaja o subvalorar a ciertos grupos o personas, respecto de las cuales es posible presumir una segregación. En la sentencia C-371 de 2000 se definió esta proposición reiterada en la T-804 de 2014, de la siguiente manera:

“El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros. Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que "(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a

⁵⁸ Sentencias T-1090 de 2005 y T-098 de 1994.

⁵⁹ En la sentencia T-1090 de 2005, la Corte sostuvo que: “el derecho a la igualdad prohíbe evidentemente la discriminación”, entendida esta como “la conducta, actitud o trato que pretende, consciente o inconscientemente, anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, apelando con frecuencia a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales”.

⁶⁰ Sentencia T-098 de 1994.

riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales” |El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad.⁶¹

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

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

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

Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales⁶²”.⁶³

En ese orden, constituye un acto discriminatorio cualquier trato diferenciado en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales y en general, en cualquier ámbito de la vida, que resulte contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, en tanto impone una carga no exigible jurídica ni moralmente a la persona⁶⁴.

Con relación a la orientación sexual o identidad de género como criterios de distinción, esta Corporación desde tiempo atrás ha reprochado estas conductas

⁶¹ En el mismo sentido, véase la sentencia C-410 de 1994.

⁶² Sentencias C112 de 2000, C-481 de 1998 y T-098 de 1994.

⁶³ Sentencia C-371 de 2000.

⁶⁴ Sentencia T-098 de 1944. Reiterada en las sentencias T-804 de 2014 y T-314 de 2011.

por desconocer la cláusula general de igualdad del artículo 13 Superior. En la sentencia C-481 de 1998, la Corte declaró inconstitucional un aparte del artículo 46 del Estatuto Docente que establecía que la homosexualidad constituía una causal de mala conducta en el ejercicio de la profesión.

En dicha providencia se afirmó que la orientación sexual y la identidad de género no pueden ser consideradas una enfermedad ni tampoco pueden ser la base de un trato discriminatorio legítimo. La conclusión fue:

En tal caso, para esta Corporación es claro que toda segregación por tal razón constituye una discriminación inaceptable, por cuanto a la persona se le estarían negando oportunidades o imponiendo restricciones por un rasgo psicológico permanente que ésta no ha escogido, con lo cual se desconocen normas elementales de justicia (...) Esta situación resulta más intolerable y violatoria de la igualdad si se tiene en cuenta que un trato distinto fundado en la diferente orientación sexual rara vez cumple algún propósito constitucionalmente relevante, por cuanto la preferencia sexual no sólo es un asunto íntimo que sólo concierne a la persona sino que, además, no se encuentra casi nunca relacionada con las capacidades que el individuo debe tener para adelantar un trabajo o cumplir una determinada función. Por ende, la marginación de los homosexuales denota usualmente una voluntad de segregar y estigmatizar a estas poblaciones minoritarias, por lo cual la diferencia de trato por razón de la orientación sexual resulta sospechosamente discriminatoria.

Conforme a lo anterior, en nuestro ordenamiento constitucional, la orientación homosexual (...) no puede constituir un criterio para que la ley restrinja el acceso de la persona a un determinado bien o le imponga una carga, por cuanto las autoridades estarían no sólo afectando su libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) sino que además desconocerían el pluralismo que la Carta ordena proteger (CP art. 7°).

Por todo lo anterior, y con el fin de lograr una cierta economía de lenguaje en el análisis de este tema, la Corte concluye que toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto”.

Acerca de la prohibición de discriminación por razón de la identidad de género, en la sentencia T-314 de 2011 la Corte analizó el caso de una mujer transexual que adujo ser discriminada en una discoteca de Bogotá cuyos empleados le impidieron ingresar al lugar. A pesar de que no se logró determinar la existencia de un acto de discriminación, de manera enfática se advirtió que la orientación sexual y la identidad de género están protegidas por la cláusula general de igualdad de la Constitución, así:

“En lo relativo a la orientación sexual como criterio de discriminación, esta Corporación ha especificado que el Estado como garante de la pluralidad de derechos, debe proteger la coexistencia las distintas manifestaciones humanas, por lo que no puede vulnerar la esfera privada, a menos que con el ejercicio del derecho se desconozcan ilegítimamente los derechos de los demás o el orden jurídico. Por tanto se debe propugnar tanto por las autoridades públicas como por parte de los particulares que las actitudes ante las expresiones sexuales diversas propias de la comunidad LGBTI, se abstengan de imponer criterios o cánones específicos basados en esquemas heterosexistas. Es lo que la doctrina autorizada ha denominado “la coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.”⁶⁵

De lo anteriormente expuesto se tiene que si bien es claro que la Corte Constitucional ha estudiado mayoritariamente reclamos efectuados para la protección y defensa de derechos de las personas con orientación sexual diversa, particularmente frente a situaciones de personas gais, sería un error afirmar que la protección se extiende solo a este segmento de la comunidad, ya que no son los únicos que ejercen su sexualidad de forma distinta a la heterosexual”.

Recientemente, esta Corporación en la sentencia T-099 de 2015, estudió el caso de una mujer transgénero a quien el Ejército Nacional le exigió pagar una multa por inscripción extemporánea para definir su situación militar, en criterio de la demandante el trato recibido por la entidad militar fue discriminatorio. Al resolver el caso, la Corte reiteró la protección constitucional que tiene la población LGBTI, el déficit de protección, la discriminación estructural de la que han sido objeto e instó al Ministerio del Interior y al Congreso de la República para que legislen sobre la materia. Además, afirmó:

“Efectivamente, la identidad de género y la orientación sexual son aspectos inherentes a los individuos que hacen parte de su fuero interno, pero deben tener la posibilidad de ser exteriorizados plenamente, de ser reconocidos y respetados, incluso de generar o excluir de ciertas consecuencias jurídicas. Cualquier actuación judicial o administrativa debe aceptar que el reconocimiento pleno de estos derechos está ligado a la posibilidad de que las personas puedan expresar plenamente su sexualidad y que la misma no puede ser objeto de invisibilización o reproche, especialmente por el Estado, que tiene un deber cualificado de protección. Esto implica un deber de respeto y garantía frente a la dignidad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos transgénero. Tales obligaciones vinculan a todas las autoridades del Estado y su inobservancia puede acarrear consecuencias disciplinarias o penales según sea el caso.

⁶⁵ Luis Prieto Sanchís, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”. Madrid, Trotta, 2003, p.117.

Por otra parte, la Sala toma nota de la situación estructural de discriminación⁶⁶ que sufren las personas transexuales, puesta de presente por las intervenciones hechas a lo largo de este proceso. Para la Corte, resulta alarmante que en las actuaciones de las autoridades persista la invisibilización de las personas transexuales y el objetivo de mantener categorías anacrónicas y denigrantes para “normalizar” a estos individuos en desmedro de sus derechos. La idea de que la identidad de género y la orientación sexual deben ser sometidas a un escrutinio público y médico es inaceptable desde el punto de vista constitucional. No es admisible, bajo ninguna circunstancia, que los derechos fundamentales de estos ciudadanos -en particular la dignidad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad- constantemente se vean invadidos por acciones que pretenden patologizar las expresiones asociadas a sus esferas más íntimas y privadas. Aunque los efectos del presente fallo solo se extienden al caso concreto y a otros de igual naturaleza⁶⁷, la Sala realizará algunas consideraciones frente a los obstáculos que constantemente tienen que enfrentar las mujeres y hombres transexuales para reivindicar su derecho a la identidad de género.

Los niveles de discriminación contra los transexuales son críticos. La población transexual afronta múltiples barreras que impiden la plena realización de sus derechos fundamentales. Aunque este no es el escenario para desarrollarlos exhaustivamente, la Sala menciona a manera de ejemplo, los siguientes: (i) los cambios de nombre y sexo en los documentos de registro civil e identificación; (ii) la consideración de las mujeres transgénero como hombres -exigencia de libreta militar para efectos de regularización o de acceso a un empleo, edad de pensión, atención en salud, lugares y condiciones de reclusión-; (iii) las dificultades para el acceso al sistema de salud, las mínimas posibilidades de obtener un trabajo en condiciones dignas y justas; el ingreso y permanencia en el sistema educativo; entre muchos otros obstáculos que se refuerzan por los estereotipos discriminatorios y la desinformación de autoridades y particulares.”

Sin embargo, es preciso advertir que no todo trato desigual *per se* supone un acto discriminatorio, ni tampoco la sola circunstancia de tener una orientación sexual o identidad de género diferente conlleva automáticamente a la protección de los derechos que se invoca a través de la acción de tutela, ya que en ambas

⁶⁶ Frente a este tipo de situaciones, la doctrina de los derechos ha desarrollado el concepto de *discriminación interseccional* para referirse a casos donde varios factores confluyen para generar un trato desigual sobre una persona o un grupo poblacional determinado. En esta oportunidad, los informes que se presentaron a la Sala dan cuenta de que la población transgénero no solo se enfrenta a un trato abiertamente discriminatorio en razón de su identidad de género sino también por la enorme vulnerabilidad socioeconómica y de salud que padecen estas personas. Así, estos ciudadanos se ven expuestos a enormes obstáculos para acceder a servicios de salud adecuados y a obtener trabajos dignos que les permita desarrollar plenamente el plan de vida que libremente escojan. Para una mayor claridad frente a la implementación de la *discriminación interseccional* como un estándar judicial se recomienda ver las decisiones del Comité de la CEDAW en los casos a *Ángela González c. España* y *Beauty Solomon c. España*.

⁶⁷ Sobre los efectos de los fallos de tutela ver, entre otras, sentencias T-383/93; T-138/98; T-643/98; T-105/02; y T-187/02;

situaciones le corresponderá al juez constitucional valorar los elementos de juicio necesarios para llegar a una decisión, partiendo de la buena fe y de las reglas de la sana crítica, dada la dificultad que existe para probar actos discriminatorios.

Acerca de la carga probatoria en situaciones de vulneración de derechos fundamentales por actos de discriminación, esta Corporación en la sentencia T-804 de 2014, reiteró la dificultad probatoria que existe para demostrar la marginación, no obstante destaca que si bien es cierto que la carga probatoria en este tipo de eventos recae sobre la parte acusada de discriminar, también lo es que existen casos donde por razón de la situación de vulnerabilidad del agraviado, el juez constitucional debe ser menos estricto y dar crédito a la buena fe y la sana crítica. El fallo en mención advirtió lo siguiente:

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

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

Las personas transgeneristas, según fue mencionado, hacen parte de un grupo sometido a un “patrón de valoración cultural que tiende a menospreciarlo”, sujeto de mayores exclusiones sociales de las que sufren los demás pertenecientes a la población LGBTI, y por lo mismo, merecen una mayor protección por parte del Estado. Precisamente, estas personas expresan su identidad de género de una forma que supone una mayor manifestación hacia la sociedad, generalmente a través de transformaciones físicas, lo que ha generado que se encuentren mayormente expuestos a prejuicios sociales y actos discriminatorios.

Bajo esa premisa, considera este Tribunal que los jueces de tutela deben ser especialmente cuidadosos en el análisis de esta clase de asuntos y propender por proteger, en mayor medida, al menos fuerte en la relación o a quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.

Ahora bien, como se ha expuesto en otras decisiones⁶⁸, lo anterior es una tendencia que no puede llevar a la premisa de que toda medida restrictiva, resulte per se irremediablemente segregativa o sospechosa. Por el contrario, lo que quiere significar esta Corporación, es que debe recordarse cuantas veces sea necesario a los particulares, a las autoridades y a la comunidad en general, que no son admisibles, por ningún motivo, aquellos tratos discriminatorios en contra de cualquier persona por su orientación sexual o identidad de género diversa.

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

Según fue reseñado, este Tribunal ha resaltado la importancia de la labor probatoria del juez en materia de tutela. Su papel debe ser activo y diligente, desplegando las actuaciones necesarias para fundamentar su decisión, analizando los medios probatorios en su conjunto y atendiendo las reglas de la sana crítica. Así mismo, los jueces constitucionales están llamados “a ser artífices de un orden jurídico que haga vigentes y actuales las garantías constitucionales”⁶⁹.

Conforme al derrotero jurisprudencial expuesto⁷⁰ ante situaciones de discriminación de grupos estructuralmente marginados como la población LGBTI y la falencia probatoria de los actos de agravio, en cumplimiento de los postulados constitucionales el juez de tutela debe invertir la carga de la prueba dado el déficit de protección en el que se encuentran dichas personas.

3.4. La población LGBTI como grupo históricamente discriminado.

En relación con la discriminación por razón de la orientación e identidad sexual, la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH- el 17 de diciembre de 2011 publicó⁷¹ el informe anual “sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”, identificó diferentes actos de violencia y vulneraciones de que son víctimas estas personas, tales como homicidios, violaciones y agresiones físicas, torturas, detenciones arbitrarias, denegación de los derechos de reunión,

⁶⁸ Sentencia T-314 de 2011.

⁶⁹ Sentencia T-264 de 1993. Reiterada en la sentencia T-314 de 2011.

⁷⁰ Sentencia T-804 de 2014.

⁷¹ <http://acnudh.org/2012/03/leyes-y-practicas-discriminatorias-y-actos-de-violencia-cometidos-contra-personas-por-su-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-informe-del-acnudh/>

expresión e información y discriminación en el empleo, la salud y la educación. A pesar de los avances que hay en la materia concluyó que aún la discriminación en los diferentes ámbitos de la vida social es fuerte.⁷²

La Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior dentro de la ruta diseñada para la “*Construcción y Formulación de la Política Pública Nacional LGTBF*”, en los “*Encuentros Regionales*”⁷³ del año 2012, identificó que el problema “*núcleo*” de las personas LGBTI es la discriminación e intolerancia hacia la diversidad sexual. A pesar de los avances que existen en la cultura del respeto por la diferencia sigue existiendo una estigmatización que rechaza orientaciones, identidades y expresiones sexuales diversas. Sobre el particular concluyó:

“Entre los señalamientos se resalta un ambiente generalizado de intolerancia e irrespeto, que trae como resultado el temor y el miedo de los miembros de la población LGBTI. Este se ve reflejado, no solo en el mantenimiento de su identidad o su orientación sexual reprimida y oculta, sino en la fragmentación de la comunidad, la cual entra en conflicto por ideales culturales divergentes sobre el sexo y el género. La baja autoestima, parálisis, depresión, e incluso el odio han generado un aislamiento social que se va construyendo desde temprana edad en espacios de socialización como escuelas y lugares de recreación. El resultado, según han identificado algunos activistas, es la agresión física y simbólica y una ruptura eminente en ámbitos de convivencia ciudadana.

Algunas organizaciones han identificado posicionamientos machistas y tradicionalistas en los distintos ámbitos de la cotidianidad cívica, como en espacios laborales, escuelas, hospitales, cárceles, universidades, espacios públicos y recreativos, transporte público, etc. En estos se vulneran los derechos a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, al libre desarrollo de la personalidad a la libertad de locomoción. La discriminación negativa, asociada a una cultura de sexismo y de veto social, empeora el panorama de vulnerabilidad al cual se ve expuesto el sector a nivel nacional y regional, departamental y municipal, que de por sí trae la carga de la desigualdad, la pobreza y el conflicto armado. El temor ha imposibilitado a los miembros de la población LGBTI de vivir tranquilamente sin tener que luchar contra los estigmas y la segmentación que los persigue. La búsqueda de una verdadera cultura de los derechos humanos se hace inminente. Participantes de las distintas regiones resaltaron precisamente el tema de cultura ciudadana. La existencia de imaginarios, códigos simbólicos y visuales homofóbicos, hacen que se perpetúe en la cotidianidad un mensaje discriminatorio y excluyente, que termina difundiéndose en sociedad dificultando el respeto y valor por los derechos de todos. Según denuncian recurrentemente en los documentos recogidos, el sector LGBTI enfrenta frecuentemente ataques discriminatorios en espacios públicos y privados. Se han visto agredidos y desplazados de lugares públicos por la

⁷² Citado por la sentencia T-804 de 2014.

⁷³ http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/problematika_de_la_poblacion_lgbti_1.pdf

población civil, por guardias de seguridad e incluso por servidores públicos, atentando contra sus derechos. Esto es el resultado de un rechazo social colectivo que no tolera la diferencia y por ende prefiere ocultarla, aun en espacios que suponen ser comunes”.

En el 2012 el Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico -CEDE- de la Universidad de los Andes publicó el documento *“Equidad en la diferencia: Políticas para la movilidad Social de Grupos de Identidad. Misión de Movilidad Social y Equidad”*⁷⁴, que destacó la escasez de información sobre la población LGBTI, haciendo difícil hacer seguimiento a las dimensiones en que se pueden manifestar las mayores inequidades, imposibilitando la caracterización de sus condiciones socioeconómicas y, por tanto, dificultando la formulación de la política pública incluyente que combata simultáneamente los hechos de discriminación, inequidad y desigualdad.

La Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España, a través del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de la Sexualidades publicó los estudios sobre *“Diversidad Sexual en Iberoamérica”*, entre ellos el artículo *“Entre el camuflaje y el autocontrol, acciones de discriminación en espacios laborales hacia la población LGTBI en las ciudades de Bogotá, Medellín y Cartagena (Colombia)”* realizado por el Grupo de Investigación Cultura, Ciudadanía y Poder en contextos Locales de la Universidad de Cartagena⁷⁵, realizó una investigación cualitativa de corte fenomenológico para reconocer las acciones de discriminación y exclusión laboral hacia lesbianas, gays y trans en las ciudades de Bogotá, Medellín y Cartagena en el año 2011, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

“Para Judith Butler (2006) la marginación de las personas LGBT de ciertos escenarios sociales, en este caso el laboral, es producto de la exclusión social que se sustenta en un discurso hegemónico sobre la sexualidad circundante en la sexualidad reproducida socialmente y denominada por ella como matriz de heterosexualidad obligatoria. Por ello se establece una abyección de estas personas puesto que son ininteligibles para un común denominador de la sociedad que espera que exista una coherencia entre el sexo y el género (hombre- masculino, mujer- femenino) y la orientación sexual (heterosexual). Por esta razón estas personas que no se entienden, no se consideran posibles, naturales, producen extrañeza e incompreensión y ello genera rechazo y repudio porque al subvertir la norma sexual están retando o contravirtiendo la legitimidad del orden hegemónico de la heterosexualidad. Este precepto dominante no sólo excluye sino que obliga a muchos y muchas a renunciar a sus derechos porque de igual manera se sienten abyectos y prefieren evitar la humillación manteniéndose en el borde. Los cuerpos transgresores, aquellos que no pueden mimetizarse u ocultarse se ubican entonces en ciertos espacios y roles que la sociedad considera propios para alguien amenazante, extraño e incompreensible. Para las mujeres y hombres trans en lo laboral existe un asunto de mayor vulnerabilidad

⁷⁴ https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/dcede2012-39.pdf

⁷⁵ http://red-liess.org/wp-content/uploads/2015/06/diversidad_sexual_iberamerica.pdf#page=172

frente a sus derechos porque su construcción de género, está marcando unas claridades que no son negociables con el autocontrol ni con la censura. Sumado a que la gran mayoría, no cuentan con el apoyo de sus familiares para su desarrollo económico y no han accedido al sistema educativo, que les permita ejercer un rol profesional. Los procesos de construcción permanente de identidad de género que viven las personas hombres y mujeres trans es un asunto que la sociedad colombiana aún desconoce, se sigue asociando a una patología y a una disforia de género; lo que ha conducido a construir una imagen errónea, excluyente y transfóbica del transgenerismo.”

En el 2013 se publicó el estudio “*Fronteras morales y políticas sexuales: apuntes sobre la política LGBT y el deseo del estado*” realizado por Franklin Gil-Hernández para la Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad, donde a partir del seguimiento a las políticas públicas en Bogotá, relacionadas con la ampliación de ciudadanía sexual, se analizó “*la política LGBT y la política gay*” en un contexto local, cuyas conclusiones destacaron la contribución a la normalización de la disidencia sexual y de género, pero se resaltó que se ha centrado en un modelo étnico-esencialista⁷⁶, entendido como un modelo de institucionalización de la diferencia.⁷⁷

En el informe anual “*sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género*” publicado el 4 de marzo de 2015, la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-⁷⁸ destacó avances en materia legislativa para eliminar la discriminación al igual que a nivel social, sin embargo advirtió que aún persisten “*violaciones continuas, graves y muy extendidas de los derechos humanos que se cometen, demasiado a menudo con impunidad, por motivos de orientación sexual e identidad de género. Desde 2011 ha habido cientos de víctimas mortales y miles de heridos en ataques brutales y violentos, algunos de los cuales se describen a continuación. Otras vulneraciones documentadas son la tortura, la detención arbitraria, la negación de los derechos de reunión y de expresión, y la discriminación en la atención sanitaria, la educación, el empleo y la vivienda*”.

Puntualmente, sobre prácticas discriminatorias a la población LGBT el informe en mención pone de presente lo siguiente:

“B. *Prácticas discriminatorias*⁷⁹

3. *Trabajo*

58. *En la mayor parte de los Estados, las leyes nacionales no brindan una protección adecuada contra la discriminación en el empleo por*

⁷⁶ <http://www.clam.org.br/destaque/conteudo.asp?infoid=6191&sid=51>

⁷⁷ <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludYSociedad/article/view/5068>

⁷⁸ https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiBn4e6hNzKAhUB2R4KHXEIAhoQFggoMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.cc.gob.gt%2Fddhh%2Fdocs%2FBoletines%2Fboletin24.pdf&usg=AFQjCNE1XSiKWZ4vdeMYX28_CpzAb7jTBQ&sig2=sPUAJKlNdm8pYROVp4a8A

⁷⁹ Véase también A/HRC/19/41, párrs. 48 a 73.

*motivos de orientación sexual e identidad de género*⁸⁰. En ausencia de este tipo de leyes, los empleadores pueden despedir o negarse a contratar o a ascender a alguien simplemente porque se la percibe como una persona lesbiana, gay, bisexual o transgénero⁸¹. Si existen leyes, es posible que su aplicación sea deficiente. En ocasiones, se niegan a las personas LGBT las prestaciones laborales a las que tienen acceso los trabajadores heterosexuales. Según las encuestas, la discriminación y el acoso verbal o de otro tipo son fenómenos frecuentes en el lugar de trabajo⁸².

7. Familia y comunidad

66. *La responsabilidad de los Estados de proteger a las personas contra la discriminación abarca la esfera familiar, en la que el rechazo y el trato discriminatorio y la violencia contra las personas LGBT e intersexuales de la familia pueden tener consecuencias graves para el disfrute de los derechos humanos. Entre otros ejemplos cabe citar los casos de agresión física, violación, exclusión del hogar familiar, desheredación, prohibición de asistir a la escuela, ingreso en instituciones psiquiátricas, matrimonio forzado, renuncia forzada a los hijos, imposición de sanciones por las actividades de militancia y ataques contra la reputación personal. En los Estados en que la homosexualidad está penalizada, es posible que las víctimas se muestren reacias a denunciar los actos de violencia perpetrados por un familiar por temor a las consecuencias penales que acarrearía la revelación de su orientación sexual. Las mujeres lesbianas y bisexuales y las personas transgénero a menudo corren especial riesgo debido a las desigualdades de género y a las restricciones de su autonomía para tomar decisiones en cuestiones de sexualidad, reproducción y vida familiar*⁸³.

9. Reconocimiento del género y cuestiones conexas

69. *Pese a los recientes avances registrados en varios países, por lo general las personas transgénero siguen sin poder obtener el reconocimiento legal de su género preferido, en particular cuando se trata de cambiar el sexo y el nombre de pila consignados en los documentos de identidad expedidos por el Estado. Debido a ello, estas personas afrontan múltiples problemas para hacer valer sus derechos, entre otras cosas en el ámbito laboral y de la vivienda, así como a la hora de solicitar un crédito bancario o prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero*".

Con base en lo anterior, a fin de eliminar la discriminación contra la población LGBT, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH- elaboró algunas recomendaciones, entre otras: "(i) Establecer normas nacionales sobre la no discriminación en la educación;

⁸⁰ILGA, *Homofobia de Estado* (véase la nota 70), pág. 21.

⁸¹ Véanse A/69/318, párr. 17; y "Discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: resultados del estudio piloto" (GB.319/LILS/INF/1), Oficina Internacional del Trabajo, octubre de 2013, pág. 3.

⁸² *EU LGBT Survey*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (véase la nota 50), pág. 17; April Guasp, "Gay in Britain: Lesbian, Gay and Bisexual People's Experiences and Expectations of Discrimination", Stonewall, 2012, págs. 3 y 19.

⁸³ Véanse A/68/290, párr. 38, A/HRC/20/16/Add.4, párr. 20, A/HRC/22/56, párr. 70, y A/HRC/26/38/Add.1, párr. 19.

elaborar programas contra el acoso y crear líneas telefónicas y otros servicios de ayuda a las personas jóvenes LGBT y a las que muestran una disconformidad de género; y proporcionar una educación sexual integral adecuada en función de la edad; (ii) Expedir, a quienes los soliciten, documentos legales de identidad que reflejen el género preferido del titular, eliminando los requisitos abusivos, como la esterilización, el tratamiento forzado y el divorcio; (j) Financiar campañas públicas de educación contra las actitudes homofóbicas y transfóbicas, y combatir la difusión de imágenes negativas y estereotípicas de las personas LGBT en los medios de comunicación; y (k) Velar por que se consulte a las personas LGBT e intersexuales y a las organizaciones que las representan en relación con la legislación y las políticas que afecten a sus derechos”.

Dicho informe evidencia que a pesar de la prohibición de no discriminación por razones de orientación sexual o de identidad género, así como de la protección que existe a nivel internacional -normas, principios y decisiones judiciales- y nacional -en las distintas sentencias emitidas por esta Corte-, aún existen prácticas discriminatorias por parte del Estado, el sector privado y la sociedad en general, atentando contra los principios fundantes de un Estado social y pluralista, específicamente la dignidad humana.

3.5. Protección a la población LGBTI. Reiteración de jurisprudencia.

Partiendo de los principios, derechos y valores que recoge la Carta Política, es preciso reiterar que todas las personas LGBTI cuentan con respaldo constitucional para decidir sobre su opción de vida en condiciones de dignidad e igualdad, ejerciendo abiertamente su autonomía y desarrollando libremente su personalidad sin más límites que los derechos de los demás y el orden jurídico. Bajo esa lógica, le corresponde al Estado promover las condiciones para lograr la igualdad material y adoptar las medidas a favor de los grupos histórica y sistemáticamente discriminados.

En ese sentido, este Tribunal destaca que además de la protección superior que gozan todas las personas y en particular, la población LGBTI -grupo históricamente discriminado-, para todos los habitantes del territorio nacional y las autoridades públicas existe el correlativo deber de acatar los mandatos constitucionales y sujetar sus actuaciones al marco allí establecido, de modo que la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual o identidad de género constituye una proscripción vinculante para toda la ciudadanía y las entidades estatales y privadas.

No obstante, debe recordarse que las personas pertenecientes a la población LGBTI ante situaciones de vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, pueden acudir a la acción de tutela como herramienta de defensa judicial expedita y eficaz de amparo, a través del cual pueden solicitar la protección de sus garantías superiores en los términos del artículo 86 de la Carta Política, reglamentado por el Decreto Estatutario 2591 de 1991 y bajo los lineamientos desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal.

Asimismo, la Ley 1482 de 2011, modificada por la Ley 1752 de 2015, sanciona penalmente los actos de discriminación por razones de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación. En tal sentido, adicionó los artículos 134A, 134B y 134C del Código Penal, incluyendo dos nuevos tipos penales -delitos- denominados “Actos de discriminación” y “hostigamiento”, con el siguiente contenido:

“ARTÍCULO 3o. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1752 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El Código Penal tendrá un artículo 134A del siguiente tenor: Artículo 134A. Actos de discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134B. Hostigamiento. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual o discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

PARÁGRAFO. Entiéndase por discapacidad aquellas limitaciones o deficiencias que debe realizar cotidianamente una persona, debido a una condición de salud física, mental o sensorial, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

ARTÍCULO 5o. El Código Penal tendrá un artículo 134C del siguiente tenor:

Artículo 134C. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:

- 1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público.*
- 2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva.*
- 3. La conducta se realice por servidor público.*
- 4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público.*
- 5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor.*
- 6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.*

ARTÍCULO 6o. El Código Penal tendrá un artículo 134D del siguiente tenor:

Artículo 134D. Circunstancias de atenuación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se reducirán en una tercera parte cuando:

- 1. El sindicado o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga.*
- 2. Se dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba”.*

Lo anterior significa que ante una situación de discriminación u hostigamiento en los términos descritos en los mencionados artículos del Código Penal, la persona agraviada tiene a su alcance la acción penal ante la Fiscalía General de la Nación con el fin de que tal conducta sea investigada y sancionada.

Ahora bien, es preciso resaltar también que esta Corte ha avanzado notablemente en la ampliación de la protección de los derechos de las personas que puedan resultar discriminadas por razón de su orientación sexual, desde dos aristas: “(i) una protección extensiva a las parejas conformadas por personas del mismo sexo con el propósito de evitar un trato discriminatorio, garantizar la dignidad de la persona y contrarrestar el déficit de protección existente⁸⁴ y, (ii) una protección en la esfera individual de la persona, sustentada en la dignidad humana, la autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad e igualdad⁸⁵”.⁸⁶

Desde la esfera individual de la persona y la protección contra actos de discriminación, esta Corporación en la sentencia T-435 de 2002 analizó el caso de una estudiante que fue sancionada por las autoridades del colegio por su orientación sexual. En esa oportunidad la Corte protegió los derechos fundamentales y advirtió que la sexualidad hace parte del entorno más íntimo de la persona y, en esa medida, los colegios no pueden prohibir la expresión libre y autónoma de la dignidad humana, porque tal restricción vulneraría el derecho a la igualdad.

Luego, en la sentencia T-562 de 2013 se estudió el caso de un menor de edad sancionado en el colegio por usar el pelo largo y maquillarse, identificándose plenamente como mujer. En la decisión, la Corte reiteró la línea jurisprudencial relacionada con reconocimiento de la identidad y orientación sexual, como parte del núcleo esencial de la dignidad humana, la libertad y la autonomía; protegió los derechos fundamentales y puso de presente que la institución educativa incurrió en una conducta discriminatoria.

En la sentencia T-673 de 2013 esta Corporación reiteró la necesidad de que el Estado permanezca neutral ante las diversas manifestaciones sexuales, sin que pueda imponer criterios ideológicos o morales, con la posibilidad legítima de que intervenga cuando el ejercicio de los derechos y las expresiones de diversidad atenten contra la convivencia y la organización social de manera tal

⁸⁴ Cfr. Sentencias C-283 de 2011, C-336 y C-798 de 2008, C-075 de 2009 y C-811 de 2007.

⁸⁵ Cfr. Sentencias C-481 de 1998, T-539 y T-097 de 1994.

⁸⁶ Sentencia T-673 de 2013.

que resulten abusivas en detrimento de la comunidad.⁸⁷ La providencia en mención explicó que los límites para los derechos respaldados y protegidos constitucionalmente están previstos para todas las personas que intervienen en la comunidad, independientemente de su identidad u orientación sexual, con el fin de garantizar la vigencia de los derechos de los demás, la convivencia pacífica y prevalencia del interés general sobre el particular, lo cual en ningún caso significa restringir el derecho al libre desarrollo de la personalidad o el rechazo a la opción de vida que eligió.⁸⁸

Este Tribunal en la sentencia T-804 de 2014 analizó el caso de una estudiante transgénero a la se le negó un cupo en un colegio por su identidad de género. En dicha providencia, 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, correspondiéndole al Estado garantizar la libertad, la autonomía y la integridad física y moral de los asociados.

En la sentencia T-928 de 2014 la Corte reconoció que existen tres dimensiones del derecho a la igualdad derivadas de la cláusula del artículo 13 Superior, así: i) una regla de igualdad ante la ley, entendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas; ii) una prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato discriminatorio a partir de criterios sospechosos contruidos a partir de -entre otras- razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión u opinión política; y iii) un mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, entendido como el deber público de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas).⁸⁹

En la sentencia T-478 de 2015 la Corte analizó el caso de un estudiante de colegio que se suicidó como consecuencia de la discriminación y rechazo que recibió por parte de las autoridades de la institución educativa, con motivo de su orientación sexual. Dicha providencia afirmó que existe un déficit estructural de protección frente a fenómenos ligados con la identidad sexual, dado que *“No es concebible, dentro de un Estado Social de Derecho, que la trágica muerte de un joven producto de la incomprensión, sea una nueva razón, para reconocer nuestro compromiso en evitar que la realidad masiva, reiterada y estructural de la violación de los derechos fundamentales de las niñas, los niños y los adolescentes en nuestro país, continúe. Es imposible aspirar a una sociedad robusta, deliberativa, plural y democrática si nuestros ciudadanos son formados a partir del sobresalto y la incomprensión”*.

En dicha providencia la Corte reiteró que uno de los ámbitos más importantes para la protección del derecho a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad es el respeto absoluto por la expresión de la identidad de género

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ Reiterada en la sentencia T-478 de 2015.

o la orientación sexual, de manera que *“la prohibición de diseminación por razón de género o de orientación sexual es absoluta y ningún tercero, ya sean otros estudiantes o las autoridades del colegio, pueden perseguir o amedrentar a los estudiantes que deciden asumir voluntariamente una opción sexual diversa. Cualquier actitud en ese sentido constituye un trato de hostigamiento que debe ser reprochado y a toda costa prevenido”*.

En el plano normativo, debe resaltarse la falta de voluntad política para legislar sobre la materia dado que existen múltiples intentos fallidos de regulación sobre la eliminación de la discriminación y el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales para la población LGBTI, tal como lo ha advertido esta Corporación en las sentencias C-683 de 2015, C-071 de 2015, T-758 de 2015, T-276 de 2012, C-577 de 2011, C-029 de 2009, T-1241 de 2008, 336 de 2008, C-811 de 2007, C-075 de 2007, entre otras.⁹⁰

A nivel Distrital la Alcaldía Mayor de Bogotá ha desarrollado políticas públicas para eliminar la discriminación contra lesbianas, gay, bisexuales y personas trans y promover sus derechos humanos y sensibilizar a la comunidad. Por ejemplo la Alcaldía Local de Chapinero creó el Primer Centro Comunitario LGBT de Colombia, modelo que se ha replicado en las localidades de Bosa, Mártires y Usme.

El Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior y la Alta Consejería para los Derechos Humanos el 5 de febrero de 2016⁹¹, puso a consideración de la ciudadanía⁹² el proyecto de decreto presidencial *“Por el cual se adopta la política pública nacional para el ejercicio pleno de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI)”*, que genera obligaciones por parte del Gobierno Nacional y las entidades territoriales y crea un mecanismo institucional para coordinar, promover y hacerle seguimiento a la política pública para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales.

En el artículo 1° se hace referencia al objetivo de la política pública nacional, encaminada a garantizar el ejercicio pleno de los derechos de lesbianas, gais, bisexuales, transgeneristas e intersexuales (LGBTI), para lo cual en el artículo 2° define los conceptos LGBTI, sexo, género, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, heterosexual, homosexual, lesbiana, gay, bisexual, transgenerista, transformista, travesti, transexual e intersexual.⁹³

⁹⁰ <http://www.oidhaco.org/uploaded/content/article/902247002.pdf>

<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/dyj/dyj10/dyj10-mauri.pdf>

⁹¹ http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/proyecto_decreto_politica_publica_lgtbi_1.pdf

⁹² Hasta el 28 de febrero de 2016 está abierta la convocatoria para efectuar observaciones y comentarios al proyecto de decreto.

⁹³ *“Artículo 2°. Glosario. Los siguientes conceptos se entenderán así: - LGBTI: Acrónimo que identifica y agrupa a las personas Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transgeneristas e intersexuales. - Sexo: Conjunto de caracteres físicos y genéticos, primarios y secundarios de una persona que ayudan a diferenciar entre lo masculino y lo femenino. - Género: Conjunto de roles, características y responsabilidades atribuidas [a las personas por las normas culturales y sociales a partir del sexo, que también contribuye a la diferenciación entre lo masculino y lo femenino. - Orientación sexual: Atracción afectiva y erótica que siente una persona hacia otra, ya sea del mismo sexo, del sexo opuesto o de ambos sexos. - Identidad sexual: Término que define a una persona a partir de la correlación existente entre su identidad de género y su orientación sexual. De ahí que las categorías taxonómicas gay, lesbiana y bisexual correspondan a identidades sexuales. - Expresión de género: Forma en que una persona expresa o manifiesta su identidad de género. - Heterosexual: Persona que siente atracción afectiva y erótica hacia personas del sexo contrario al suyo. - Homosexual Persona que siente*

Asimismo, en el 3º establece que los principios de universalidad, indivisibilidad, progresividad, interdependencia, diversidad y corresponsabilidad orientarán la política pública y, en el 4º dispone que las instituciones responsables deberán ejercer sus funciones y desarrollar los programas y acciones siempre bajo un enfoque de derechos humanos, incluyendo el enfoque diferencial *“el cual implica entender que las personas LGBTI no son una población homogénea, y que por tanto, requiere la formulación e implementación de estrategias diferenciadas que respondan a las necesidades de cada una. Por último, el enfoque interseccional facilita la construcción de estrategias que responden a las particularidades y realidades específicas de las personas, comprendiendo que existen múltiples factores de discriminación y desventajas que restringen el acceso y el ejercicio de los derechos”*.

El proyecto de decreto crea la Comisión Intersectorial para la Garantía de los Derechos de la comunidad LGBTI, la cual estará integrada por la Presidencia de la República -Consejería para los Derechos Humanos-, los Ministerios del Interior, de Justicia, de Educación, el Instituto Nacional de Bienestar Familiar y la Policía Nacional. La Comisión tendrá como invitados permanentes a la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía General de la Nación, así como todas aquellas instituciones que la propia Comisión considere pertinentes; cuyas funciones serían: (i) coordinar y articular acciones en relación con la prevención, protección y promoción de los derechos constitucionales de la población LGBTI; (ii) determinar las acciones o responsabilidades puntuales de las entidades nacionales que tengan competencias en relación con la ruta de atención, protección, investigación y seguimiento; (iii) establecer una ruta o protocolo integral de atención, protección, investigación y seguimiento para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de la comunidad LGBTI. Haciendo especial énfasis en aquellos casos de violencia física y/o psicológica contra los miembros de la comunidad; (iv) crear un sistema de recolección de información sobre vulneraciones a los derechos humanos en los que se documenten los casos de violaciones físicas o psicológicas contra la población LGBTI en razón a su orientación sexual o identidad de género; y (v) hacer seguimiento a los avances de la política nacional para el ejercicio pleno de los derechos de las personas LGBTI y generar estrategias para su continuo desarrollo y actualización; entre otras.

atracción afectiva y erótica hacia personas de su mismo sexo. - Lesbiana: Mujer que siente atracción afectiva y erótica hacia otras mujeres. - Gay: Hombre que siente atracción afectiva y erótica hacia otros hombres. - Bisexual. Persona que siente atracción afectiva y erótica hacia hombres y mujeres. - Transgénerista: Persona que construye y expresa su identidad de género a partir de las funciones, roles, comportamientos y actividades que desea asumir en la sociedad, los cuales no coinciden con los que se atribuyen socialmente a su sexo biológico. - Transformista: Persona que expresa su identidad de género de manera temporal mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto al que social y culturalmente se le atribuye, según su sexo biológico. - Travesti: Persona que expresa su identidad de género de manera permanente mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto al que social y culturalmente se le atribuye, según su sexo biológico. Puede modificar o no su cuerpo, sin recurrir a la reasignación sexual (modificación de sus genitales). - Transexual: Persona que expresa su identidad de género de manera permanente y utiliza procedimientos estéticos, médicos y quirúrgicos, entre éstos la reasignación sexual (modificación de sus genitales). - Intersexual: Persona cuyos caracteres sexuales primarios y secundarios no corresponden plenamente a uno de los dos sexos, o que presenta caracteres sexuales primarios o secundarios de ambos sexos”.

Más adelante establece que en el marco de la ruta de atención, protección, investigación y seguimiento a la política pública, la Presidencia de la República a través de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos en conjunto con los Ministerios de Defensa Nacional y de Justicia *“deberán promover programas de formación en prevención y protección a los derechos humanos para los miembros de la Policía Nacional y funcionarios judiciales con el objetivo de desarrollar la necesidad del enfoque diferencial y la eliminación de prejuicios que puedan obstaculizar la investigación y juzgamiento de casos relacionados con violencia ocasionada por discriminaciones por la orientación sexual, identidad sexual y/o identidad de género de las personas”*.⁹⁴

Acerca de los derechos a la igualdad y la prohibición de discriminación, dispone que el Gobierno Nacional a través de sus entidades deberá aplicar las normas constitucionales, legales y reglamentarias con especial consideración de la interpretación y alcance de los derechos fundamentales establecidos por la Corte Constitucional en relación con la comunidad LGBTI en cuanto deban reconocer derechos, prestaciones, bienes o servicios de conformidad con sus competencias y de manera especial en casos análogos o similares a los ya resueltos por la jurisprudencia.⁹⁵

A su turno, los artículos 10 y 11 establecen una acción estratégica de visibilización y transformación de prejuicios, estereotipos y estigmatizaciones sociales en relación con la comunidad LGBTI *“en la que se fomente el respeto por las identidades de género y las orientaciones sexuales diversas con el objetivo de erradicar las conductas discriminatorias del sector privado, público y comunitario. En desarrollo de lo anterior, la estrategia deberá incluir un componente de educación en el respeto a los derechos humanos en favor de la comunidad LGBTI de alcance nacional, regional y local”*; correspondiéndole al Ministerio del Interior velar para que las entidades departamentales, distritales y municipales repliquen, impulsen y promuevan las acciones y programas estratégicos que desde el Gobierno Nacional se implementen en ejercicio de la política pública.

En lo referido al ámbito laboral, dispone que al Ministerio de Trabajo deberá adelantar campañas y programas que promuevan prácticas que respeten y reconozcan los derechos de la población LGBTI para garantizar la no discriminación tanto en el sector público como en el privado.

En el artículo 18 prevé que el Ministerio de Educación Nacional deberá establecer los lineamientos que promuevan el respeto a la comunidad LGBTI para ser implementados dentro de los manuales de convivencia de los centros educativos del territorio nacional, para lo cual *“deberá implementar un proceso en conjunto con las secretarías departamentales, municipales y distritales de educación con el fin de que dentro de los manuales de convivencia se catalogue cualquier acto de discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género como una conducta de violencia escolar que atenta contra la protección de los derechos fundamentales que debe ser prevenida y sancionada.*

⁹⁴ Artículo 8º del proyecto de decreto.

⁹⁵ Artículo 9º del proyecto de decreto.

Así mismo, se deberá establecer que quienes sean víctimas de dicho acoso contarán con un acompañamiento psicosocial integral”.

En igual sentido, establece obligaciones que deberán adelantar los Ministerios de Salud, Educación, de Justicia y del Interior, cada uno dentro de sus competencias, en asuntos relacionados con: (i) el diseño de un programa de revisión de los manuales de convivencia de los centros educativos para que se garantice a los estudiantes la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la orientación e identidad sexual y de género, en asuntos propios de la vida escolar como el uso de uniformes, apariencia personal y demás; (ii) establecer mediante acto administrativo criterios afirmativos e instancias específicas de atención en casos de irregularidades que permitan garantizar el derecho de acceso y permanencia en la carrera docente en igualdad de condiciones para la población LGBI; (iii) expedir los instrumentos de política pública necesarios para garantizar los derechos de acceso, atención integral y diferencial a las personas LGBTI de acuerdo con sus necesidades generales y específicas en desarrollo del derecho fundamental a la salud con el fin de garantizar el ejercicio pleno del libre desarrollo de la personalidad, intimidad, salud y vida digna; (iv) articular un programa de sensibilización y capacitación al personal de salud en los derechos de la población LGBTI eliminando toda forma de estigmatización y de discriminación por parte de los profesionales de la salud; (v) adelantar constantemente programas de pedagogía sobre los derechos de la población LGBTI que se encuentre privada de la libertad para los reclusos, funcionarios del INPEC y todo aquel servidor que de acuerdo con sus funciones tenga relación con la población interna y, revisar el Reglamento General y los diferentes reglamentos internos de los centros de reclusión, con el objetivo de garantizar una atención con enfoque diferencial para personas privadas de la libertad pertenecientes a la población LGBTI, entre otras.

Lo anterior evidencia la intención del Gobierno Nacional de acoger los múltiples llamados que ha hecho esta Corporación a fin de diseñar una política pública enfocada a la población LGBTI, sin embargo esta Corte insiste en la necesidad de que el Estado cumpla el deber de protección que tiene con los grupos históricamente marginados y adopte las medidas que sean necesarias no solo para garantizar sus derechos sino para crear una cultura ciudadana del respeto por la diferencia, siendo la gran tarea eliminar los prejuicios sociales y sensibilizar a la comunidad frente a las distintas formas de expresión de la sexualidad y modo de vida de los seres humanos.

3.6. El nombre como atributo de la personalidad y su relación CON los derechos fundamentales a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad.

En el catálogo de derechos fundamentales, el artículo 14 establece que *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*⁹⁶, entendida el reconocimiento que la sociedad y el Estado deben guardar en

⁹⁶ Igualmente, el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que *“[t]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*.

relación con los rasgos y particularidades distintivas de cada persona⁹⁷. Es decir que la personalidad jurídica también se entiende como una expresión de la dignidad humana que reconoce al individuo con sus singularidades. Desde sus inicios, la Corte en la sentencia T-594 de 1993 sostuvo:

“¿Qué significa la expresión de la individualidad? En el plano ontológico supone la exteriorización de la singularidad distinta del individuo. Y desde el punto de vista jurídico, el derecho al reconocimiento de su particularidad y la exigencia de fijar su propia identidad ante sí y ante los demás. El derecho a la expresión de la individualidad es un bien inherente a la persona humana (Art. 94 C.P.), y se proyecta como parte integral del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.).

La fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad, y ante el Estado, requiere de la conformidad de individuo con la identidad que proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones (Art. 18 C.P.). La autonomía de la persona, parte siempre del reconocimiento de su individualidad, de manera que quien es dueño de sí, lo es en virtud de la dirección propia que libremente fija para su existencia. Es, pues, la nota del vivir como se piensa; es el pensamiento del hombre que se autodetermina. Es, en definitiva, la dimensión de la única existencia, importante en cada vivencia, y que dada su calidad esencial, debe ser reconocida como derecho inalienable por el Estado”.

En suma, la personalidad jurídica es el reconocimiento de la existencia del individuo como un ser singular con una serie de atributos que lo identifican y distinguen de los demás, que le permite ser titular de derechos y obligaciones así como ejercerlos de manera autónoma y libre, conforme a un plan de vida concreto⁹⁸.

Dentro de los atributos de la personalidad⁹⁹ se encuentra el nombre¹⁰⁰, que goza de naturaleza plural al ser *“(i) un derecho fundamental inherente a todas las*

⁹⁷ Sentencia T-1033 de 2008.

⁹⁸ Sentencia T-1033 de 2008.

⁹⁹ La Corte en la sentencia C-109 de 1995, expresó que: *"La doctrina moderna considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad".*

¹⁰⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *"Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana"*, sentencia de 28 de Agosto de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Respecto al nombre, sostuvo que *"aquél derecho, consagrado en el artículo 18 de la Convención, la Corte ha determinado que el mismo "constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. [Por lo que] los Estados [...] tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento". Este Tribunal ha señalado que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia"*

*personas por el solo hecho de su existencia, (ii) un signo distintivo que revela la personalidad del individuo y (iii) una institución de policía que permite la identificación y evita la confusión de personalidades*¹⁰¹”.¹⁰²

El nombre como atributo de la personalidad permite que el individuo en desarrollo de su libertad y autonomía determine como desea identificarse y ser distinguido en la vida social y en las actuaciones frente al Estado¹⁰³, para ser reconocido como sujeto de derechos y obligaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.¹⁰⁴

Ahora bien, partiendo de que la escogencia y fijación del nombre como ejercicio de la autonomía y libertad constituye una manifestación de los rasgos fundamentales de la personalidad y del rol que desea desempeñar en la sociedad¹⁰⁵, el sentimiento de pertenecer a determinado sexo ha sido reconocido como inherente a la personalidad sin que haya lugar a discriminación o persecución alguna, de acuerdo con los artículos 13, 15 y 16 de la Constitución.

En cuanto al derecho al nombre, el Estatuto de Registro Civil de las Personas recogido en el Decreto Ley 1260 de 1970, en el artículo 3° dispone que: *“Toda persona tiene derecho a su individualidad, y por consiguiente, al nombre que por ley le corresponde. El nombre comprende, el nombre, los apellidos, y en su caso, el seudónimo. No se admitirán cambios, agregaciones o rectificaciones del nombre, sino en las circunstancias y con las formalidades señaladas en la ley. El juez, en caso de homonimia, podrá tomar las medidas que estime pertinentes para evitar confusiones”*.

El cambio de nombre es una facultad que puede ejercerse en los términos del artículo 94 de la misma normativa¹⁰⁶, en virtud del cual: *“El propio inscrito podrá disponer, por una sola vez, mediante escritura pública, la modificación del registro, para sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre, todo con el fin de fijar su identidad personal. El instrumento a que se refiere el presente artículo deberá inscribirse en el correspondiente registro civil del interesado, para lo cual se procederá a la apertura de un nuevo folio. El original y el sustituto llevarán notas de recíproca referencia.”*

Esta Corte ha protegido los derechos a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad en lo que atañe al cambio de nombre cuando este no corresponde a la identidad sexual de la persona, por ejemplo en las sentencias T-594 de 1993, T-477 de 1995, T-1033 de 2008, T-611 de 2013, T-977 de 2012 y T-086 de 2014, de manera excepcional inaplicó el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, con el fin de modificar el nombre por segunda vez y así salvaguardar garantías de orden superior.¹⁰⁷

¹⁰¹ Cfr. Sentencia C-152 de 1994.

¹⁰² Sentencia T-1033 de 2008.

¹⁰³ Cfr. Sentencia T-594 de 1993.

¹⁰⁴ Sentencia T-611 de 2013.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Modificado por el artículo 6° del Decreto 999 de 1988.

¹⁰⁷ El primer asunto que revisó esta Corporación relacionado con la negativa de un Notario a cambiar el nombre de masculino a femenino mediante escritura pública es la sentencia T-594 de 1993, en la cual se estableció la estrecha relación que existe entre el nombre como atributo de la personalidad y el derecho al libre desarrollo de

3.4. Caso concreto.

En el presente caso, AA en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, acudió a la Notaría Primera de Bogotá para cambiar el nombre, del masculino al femenino BB, con la convicción de que podía ayudarle a consolidar el proceso integral de la nueva identidad de género que ha venido construyendo desde tiempo atrás. Sin embargo, siete meses después solicitó un segundo cambio porque el nombre BB le generó inconvenientes a nivel profesional y familiar siendo objeto de burlas.

La Notaría Primera de Bogotá negó el cambio de nombre por segunda vez, en razón a que el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970 permite el cambio de

la personalidad. Con base en lo expuesto, este Tribunal confirmó la decisión de instancia que había concedido el amparo solicitado, ordenando el cambio de nombre, pero con base en el derecho a la libre expresión de la individualidad, en el libre desarrollo de la personalidad y en la facultad de toda persona de utilizar el nombre que prefiera para definir su identidad personal.

En la sentencia T-477 de 1995, esta Corte estudió la acción de tutela interpuesta en representación de un menor de edad, a quien mediante una cirugía le fue reasignado el sexo, sustituyendo los genitales masculinos por femeninos, como consecuencia de un accidente con un perro. Al niño se le cambió el nombre por uno femenino y fue educado como niña. Con la solicitud de amparo se pretendía cambiar el sexo y el nombre original en su registro civil de nacimiento. El fallo analizó el derecho a la identidad y su relación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad; específicamente en lo atinente a la identidad sexual planteó que encuentra su fundamento en la dignidad humana, que a su vez implica el ejercicio de la autonomía y la libertad, de manera que toda vulneración del derecho a la identidad supone también la afectación de la dignidad humana. En esa oportunidad protegió los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad y a la dignidad del menor de edad, y ordenó, entre otras, la corrección del registro civil de nacimiento.

En la sentencia T-1033 de 2008 esta Corporación estudió la acción de tutela interpuesta por una persona que cambió su nombre masculino a uno femenino, porque había decidido modificar fisiológica y psicológicamente su condición de hombre a mujer. Con los años, decidió adoptar nuevamente su identidad sexual masculina y solicitó cambiar el nombre. No obstante, la Registraduría negó lo pretendido con base en la prohibición legal según la cual sólo se permite el cambio de nombre una vez. La Corte protegió los derechos fundamentales al reconocimiento de la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad del demandante e inaplicó en el caso concreto el artículo 94 del Decreto 1260 de 1970, con el fin de permitirle modificar el nombre femenino al masculino originalmente registrado.

En la sentencia T-977 de 2012, esta Corporación conoció la acción de tutela formulada por una persona que cambió de nombre mediante escritura pública con el fin de ajustarlo a su identidad religiosa. Luego, la parte actora adoptó una nueva identidad de género como mujer, por lo que solicitó un segundo cambio de nombre, el cual fue negado con base en la prohibición legal. La Corte protegió los derechos fundamentales al reconocimiento de la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad, inaplicando el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970 y ordenando realizar el cambio de nombre.

En la sentencia T-611 de 2013, esta Corporación conoció la acción de tutela promovida por una persona que como consecuencia de un trastorno mental “*esquizo-afectivo*” transformó su vida masculina en una femenina, por lo que cambió su nombre de hombre al de mujer. Después de recibir tratamiento médico y superada la crisis mental, recuperó su estado de conciencia y encontró que el nombre femenino no corresponde a su identidad sexual masculina, por lo que solicitó un segundo cambio, el cual fue negado con base en la restricción legal. La Corte reiteró la jurisprudencia en relación con la protección de los derechos a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad y protegió el derecho al nombre, inaplicando el artículo 94 del Decreto 1260 de 1970 y ordenando el cambio de nombre.

Finalmente, en la sentencia T-086 de 2014 la Corte estudió la acción de tutela interpuesta por una persona que cambió de nombre de hombre a mujer con el fin de adecuar sus cambios físicos a su identidad sexual femenina. Posteriormente, redefinió su identidad masculina y se realizó los procedimientos quirúrgicos necesarios para volver a su estado biológico y físico de nacimiento, solicitando un segundo cambio de nombre para pasar del femenino al masculino, o en su defecto al original. No obstante, tal pretensión fue negada con base en la restricción legal. En la providencia esta Corporación reiteró la jurisprudencia referente a la vulneración de los derechos fundamentales al nombre, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad de una persona cuando se le niega el cambio de nombre por segunda vez, como consecuencia de sufrir un tránsito en su identidad sexual y redefinirla, sustentándose ésta negativa en el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, el cual permite cambiar el nombre por una sola vez. Por lo anterior, confirmó la decisión de instancia que protegió los derechos fundamentales al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la intimidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad sexual del actor, ordenando inaplicar el artículo 94 del decreto 1260 de 1970 con efectos exclusivamente circunscritos a ese caso.

nombre por una sola vez, debiendo acudir ante la jurisdicción civil para lograr dicha pretensión.

BB instauró la acción de tutela con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad, vulnerados por la demandada al negarse a realizar el cambio de nombre por segunda vez mediante escritura pública.

En juez de instancia negó el amparo solicitado en razón a que la parte actora cuenta con otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción civil para obtener nuevamente el pretendido cambio de nombre.

Según se extrae del escrito de tutela, la parte actora solicita el segundo cambio de nombre no motivada por su orientación sexual o identidad de género, sino en el temor que siente ante la discriminación estructural y sistemática que ha sufrido, aunado al deseo de no recibir más burlas por parte de su familia, situación que ha trascendido al campo laboral, llevándola a la situación extrema de rechazar su propia decisión de definirse e identificarse como una mujer, porque a pesar de que su opción de vida encuentra pleno respaldo constitucional, la presión social de la cual ha sido objeto la colocan en una situación de indefensión y extrema vulnerabilidad en medio de una sociedad que se resiste a respetar la diferencia.

En ese orden, es preciso advertir que en el presente caso la parte actora está ante una evidente discriminación estructural social, familiar y laboral por razón de su identidad de género, puntualmente, al haber decidido expresarla con el cambio de nombre masculino a uno femenino. En consecuencia, la Sala abordará el análisis del caso concreto a partir de la discriminación como problemática social y luego, en el contexto de la población LGBTI, basándose en la jurisprudencia de esta Corporación y los estudios que fueron objeto de análisis en líneas anteriores.

De acuerdo con la sentencia C-671 de 2014, la discriminación es un fenómeno estructural que responde al esquema de organización, a las relaciones y al tejido social de base, motivo por el cual *“esta problemática no se agota en los comportamientos particulares de exclusión y segregación, ni tampoco en la sumatoria de tales actos, sino que se asienta en el sistema de relaciones asimétricas de dominio que dan sustento a las manifestaciones individuales del fenómeno¹⁰⁸”*.

En la sentencia en mención, se plantea que la problemática de la discriminación surge a partir de actos individuales, los cuales carecen de significado propio si se sacan del contexto de las relaciones sociales donde ocurren, por ejemplo: *“ Los comentarios burlescos de algunas personas hacia las mujeres que no se ajustan al arquetipo femenino dominante, adquieren verdadero sentido cuando se*

¹⁰⁸ Sobre el carácter estructural de la discriminación *cfr.* Jesús Rodríguez Zepeda, *Un marco teórico para la discriminación*, Colección Estudios Nro. 2, Consejo Nacional para la Prevención y Eliminación de la Discriminación (CONAPRED), México D.F., 2006, p. 111 y ss. Documento disponible en: [http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E0002\(1\).pdf](http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E0002(1).pdf). Último acceso: 18 de agosto de 2014.

relacionan, por ejemplo, con los estereotipos femeninos creados y difundidos en los medios de comunicación masiva mediante agresivas campañas publicitarias, o con el complejo y sofisticado sistema productivo que depende de tales patrones y estándares de belleza, y que comprende, a modo de ejemplo, las industrias médica, farmacéutica y química, las cuales, a su vez, son alimentadas por la propia masa social. En este escenario, estas declaraciones, consideradas aisladamente, pueden suscitar irritación, perturbación e indignación; sin embargo, solo cuando enmarcan en la estructura social de las que hacen parte, es posible comprender su verdadera dimensión e identificar la forma en que expresan o manifiestan los esquemas sociales de organización”.

Partiendo de la connotación estructural del fenómeno discriminatorio, el fallo C-671 de 2014 destaca las siguientes características:

(i) El *carácter dinámico*, es decir, el fenómeno discriminatorio se transforma en función de la organización y del funcionamiento social en el que se inscribe. *“Así, los criterios en función de los cuales se materializan las prácticas y los discursos de exclusión y marginación, los grupos víctimas de tales prácticas y tales discursos, los patrones de conducta, y los mecanismos a través de los cuales se concretan y materializan, se transforman conforme a los cambios en la vida económica, política, social y cultural”.*

Además, también depende del contexto donde se produce y, en particular, del tipo de relaciones que subyacen del mismo, siendo un factor determinante, por ejemplo la condición socio-económica de los actores sociales.¹⁰⁹

(ii) El fenómeno discriminatorio es multifacético y se manifiesta de distintas formas: la segregación tiene una dimensión individual y otra institucional que proviene de la organización y funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, cuyo efecto es mucho más nocivo y devastador de los derechos que una actuación particular. En otras palabras, *“la discriminación trasciende las acciones individuales, y se instala en un nivel mucho más profundo que interfiere directamente con la totalidad de las esferas vitales de las personas. De este modo, en muchas ocasiones es la discriminación de tipo institucional la que constituye el mayor obstáculo para el goce efectivo de los derechos de las personas, más que los discursos o cursos de acción individual”.*¹¹⁰

En cuanto a la pluralidad de patrones de discriminación por lo general las más

¹⁰⁹ Al respecto la sentencia C-671 de 2014, señala: *“Por tan solo mencionar un ejemplo, aunque el género constituye un factor de discriminación que en términos generales ha afectado a las mujeres, ésta adquiere una dimensión y unos contornos distintos cuando se predica de mujeres que viven en un entorno favorable y conveniente, y en el que, por ejemplo, se tiene acceso a la educación, la maternidad llega a una edad tardía, y existe una distribución de cargas entre los géneros en el hogar. En un escenario como este, difícilmente sería aplicables las categorías y las descripciones convencionales sobre el sexismo, creadas a partir de referentes sustancialmente diferentes: “la identidad de género no se construye aislada de otras categorías sociales como la raza/etnia o la clase socioeconómica, y es calificada por la edad, la orientación sexual, el grado de capacidad/habilidad, la nacionalidad, etc. De manera que la sociedad no construye a todas las mujeres idénticamente subordinadas ni a todos los hombres con los mismos privilegios aunque si en su universalidad las mujeres son subordinadas por los hombres. Es difícil reconocer que la mujer de clase alta, en edad reproductiva, adinerada, sin discapacidades visibles, blanca, esposa de un banquero, pueda compartir la subordinación de género con una mujer pobre, vieja, discapacitada, lesbiana y negra”*¹⁰⁹.”

¹¹⁰ Sentencia C-671 de 2014.

visibles formas de marginación o segregación están asociadas a manifestaciones de odio, hostilidad o violencia. Sin embargo, existen prácticas mucho más sutiles y sofisticadas, asociadas por ejemplo a sentimientos de compasión, indiferencia, actitudes burlescas o de sobreprotección que se presentan en distintos escenarios.

A lo anterior, debe sumársele que la discriminación tiene distintos usos porque *“en unos casos conlleva a la eliminación o el exterminio, en otras a la segregación o marginación o el aislamiento, y en otros, a la explotación¹¹¹: “A los judíos los perseguimos, los confinamos en guettos o los expulsamos; pero a las mujeres y a los negros los explotamos. Quisiéramos echar a afuera a los judíos; pero a las mujeres y a los negros los queremos en su lugar (...) somos intolerantes frente a los judíos, pero prejuiciados frente a los negros (...) la condición para aceptar al judío es que deje de ser judío y se comporte voluntariamente como la generalidad de la sociedad, mientras que la condición para que acepte al negro es que no trate de parecerse a la generalidad de la sociedad, sino que siga siendo negro”^{112, 113}*

(iii) La notoriedad y visibilidad del fenómeno discriminatorio, porque se presenta de manera explícita, abierta y deliberada, pero la generalidad es que se exprese de forma sutil y silenciosa hasta lograr invisibilizarla, *“Es decir, muchas veces se presenta de forma velada y no es reconocida como tal por sus propios actores, ni traducible en el plano discursivo como actos discriminatorios: “la negación de cometer actos de discriminación por una parte, y por otra, la evidencia de que se cometen actos de discriminación”¹¹⁴. Se trata entonces de una problemática “invisible” pero a flor de piel, que justamente por ello no es capturada y reconocida fácilmente como tal por la academia, los medios de comunicaciones, ni por quienes se encargan de diseñar y ejecutar las políticas públicas en esta materia”¹¹⁵*

Al respecto, esta Corporación¹¹⁶ sostuvo:

“Probablemente, esta “discriminación invisible” se ha visto favorecida por una nueva cultura sobre la igualdad, en la que los distintos actores sociales, públicos y privados, promueven, de manera sistemática y reiterada, mensajes sobre la igualdad, la tolerancia y la inclusión. El efecto de tales señales podría no ser la eliminación del problema como tal,

¹¹¹ Gilberto Giménez, *Las diferentes formas de discriminación desde la perspectiva de la lucha por el reconocimiento social*. Manuscrito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006. Documento disponible en: <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Exclusion%20y%20discriminacion.pdf>. Último acceso: 18 de agosto de 2013.

¹¹² Gilberto Gimenez, *Las diferentes formas de discriminación desde la perspectiva de la lucha por el reconocimiento social*. Manuscrito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006. Documento disponible en: <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Exclusion%20y%20discriminacion.pdf>. Último acceso: 18 de agosto de 2013.

¹¹³ Sentencia C-671 de 2014.

¹¹⁴ Judit Bokser, *Reflexiones sobre un ‘fenómeno difuso’ a partir de la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 2007, XLI. Documento disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42120005>. Último acceso: 15 de agosto de 2014.

¹¹⁵ Sentencia C-671 de 2014.

¹¹⁶ Idem.

sino su transformación en actos más sutiles, elaborados y sofisticados, que la invisibilizan o la hacen irreconocible o imperceptible, porque se esconden bajo el ropaje del discurso del pluralismo y del rechazo de la intolerancia. Por este motivo, actualmente la discriminación se ha convertido en un fenómeno “invisible, encubierto o negado en la semántica social, con excepción de ciertos casos donde la discriminación es abiertamente asumida y promovida”¹¹⁷.

Asimismo, existen otras formas de discriminación que no responden al ánimo consciente y deliberado de excluir o atacar en razón de la pertenencia a un grupo estructurado en función de un criterio prohibido, sino a manifestaciones inconscientes, o actitudes, ademanes, modales que son el resultado de costumbres o de rutinas interiorizadas y arraigadas social y culturalmente, y cuya connotación discriminatoria, por consiguiente, no es visibilizada o reconocida como tal, ni tampoco verbalizada o sacada a la luz a través del discurso. Suele ocurrir, por ejemplo, que personas que rechazan abiertamente el sexismo, en contextos determinados (como en el plano laboral o en el plano de las relaciones personales privadas) asumen posiciones o actitudes claramente machistas que terminan por excluir a la mujer de determinados espacios de la vida familiar, social, económica, política y cultural; o a la inversa, puede ocurrir que una persona con inclinaciones discriminatorias en razón del género, la pertenencia étnica o la nacionalidad, en ciertos contextos puede actuar de modo opuesto: “Alguien proclive a discursos discriminatorios sobre identidades étnicas, de género, o xenofóbicas puede, en una situación de discriminación concreta, actuar debido a la propia coyuntura en contra de esas valoraciones discriminatorias por la presión simbólica que puede implicar el orden de la interacción donde no es ‘adecuado’ mostrarse abiertamente discriminador. Pero también puede suceder que alguien considerado ‘pluralista’, ‘antidiscriminatorio’ y ‘tolerante’, pueden en una situación específica, actuar de manera discriminatoria, incluso sin intenciones de hacerlo”¹¹⁸.

(iv) La intencionalidad de la discriminación, tiene distintas modalidades, en primer lugar la clara e inequívoca expresión o actuación de hacer distinción por razones a la raza, la etnia, el origen nacional, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la condición migratoria o la filiación política. Por ejemplo: *“cuando se prohíbe el ingreso de una persona a un lugar de acceso público en razón de la orientación sexual o de la raza o cuando se opta por no contratar laboralmente a mujeres en edad reproductiva, nos encontramos frente esta primera modalidad”*.¹¹⁹

En segundo orden está la modalidad de discriminación inconsciente o aquella

¹¹⁷ Judit Bokser, *Reflexiones sobre un ‘fenómeno difuso’ a partir de la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, en Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, XLI. Documento disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42120005>. Último acceso: 15 de agosto de 2014.

¹¹⁸ Judit Bokser, *Reflexiones sobre un ‘fenómeno difuso’ a partir de la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, en Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, XLI. Documento disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42120005>. Último acceso: 15 de agosto de 2014.

¹¹⁹ Sentencia C-671 de 2014.

que se presenta en prácticas rutinarias de la cotidianidad y está profundamente arraigada en la sociedad, v.g. *“Las costumbres en la conformación de círculos, grupos y redes sociales tiene en algunos casos esta connotación discriminatoria inconsciente, como ocurre en contextos como el colegio, las universidades o el lugar de trabajo, en donde factores como la apariencia física, la condición económica, el origen nacional o la orientación sexual, juegan un papel determinante”*.¹²⁰

Adicional a lo anterior se encuentran dos categorías más de intencionalidad de discriminación: (i) la directa, basada en criterios sospechosos o prohibidos; y (ii) la indirecta, donde el acceso a los bienes y oportunidades sociales está *“condicionado a la evaluación de criterios neutros e imparciales, pero que por prescindir del análisis las desventajas de algunos grupos en el juego social, termina por perjudicar aquellos que atraviesan dificultades estructurales o que se encuentran en una situación de inferioridad en la vida social. En este último caso, el resultado de un curso de acción es la afectación de un grupo discriminado, aunque la asignación y distribución de bienes y oportunidades sociales actuación no se encuentre amparada en un criterio sospechoso o prohibido”*.¹²¹,¹²²

Con base en lo anterior, esta Corporación¹²³ concluyó que la discriminación como fenómeno estructural se expresa de manera individual y colectiva, tanto en la organización como en el funcionamiento de la sociedad y, dada su connotación estructural, permea todas las facetas de la vida social y se manifiesta según el escenario de la vida económica, política, cultural y social en que se presente y, a partir de las relaciones que desde allí se crean.

Si bien es cierto que las conductas segregacionistas se presentan de manera abierta y expresa, también lo es que existen formas mucho más sutiles, sofisticadas y hasta formalmente neutrales de marginación, *“pero que al mismo tiempo crean y fabrican los estereotipos sociales, y que de manera indirecta provocan la restricción o limitación en el goce de los derechos de algunos colectivos: “la cultura popular tiene un rol mucho más importante en la difusión de estereotipos y en la creación de un medio ambiente hostil contra determinados, grupos, que las expresiones aisladas de las personas que son en la práctica alcanzadas por esta clase de normas penales (...) los estereotipos de grupos minoritarios que aparecen en la televisión, en el cine y en la literatura (de ficción e incluso académica), inciden mucho más en cómo vemos a estos grupos, que las expresiones de odio grotescas y flagrantes de individuos marginales”*¹²⁴.

¹²⁰ Sentencia C-671 de 2014.

¹²¹ Sobre las dificultades en la distinción entre discriminaciones directas e indirectas, *cfr.* Carmen Sáez Lara, “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 6, 1995. Documento disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA9595120067A/32619>. Último acceso: 25 de agosto de 2014.

¹²² Sentencia C-671 de 2014.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Julio César Rivera, “La libertad de expresión y las expresiones de odio. Un estudio a partir de las concepciones de libertad de expresión de Robert Post y Owen Fich”, en Julio César Rivera, *La libertad de expresión y las expresiones de odio*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2009. Documento disponible en:

Como se vio, los actos de discriminación como fenómeno social estructural son complejos y están en constante evolución, de manera tal que se presentan permanentemente en la sociedad de distintas maneras, en diferentes niveles y en todos los ámbitos de la vida.

Específicamente, la población LGBTI constituye un grupo históricamente marginado por el Estado, la sociedad y la familia, en las distintas facetas y formas, de manera individual y colectiva, de manera expresa y sutil, en público y en privado, directa e indirectamente, consciente e inconscientemente. De ahí la dificultad que presenta caracterizar o categorizar un fenómeno tan complejo como la discriminación planteada por la parte actora.

De acuerdo con los estudios consultados, a pesar del progreso que existe en relación con la cultura del respeto por la diferencia y de la protección que este Tribunal en materia de derechos fundamentales y sociales, los miembros de la población LGBTI aun sienten temor por expresar su identidad de género u orientación sexual porque continúan siendo víctimas de actos de intolerancia, rechazo, exclusión, violencia, hostigamiento, segregación y burlas, entre otras. Situación que conlleva a que personas como la parte demandante desarrollen baja autoestima, depresión, aislamiento social e incluso, rechazo a sus propias decisiones de opción de vida.

La población LGBTI vive luchando contra estigmas y estereotipos que los persiguen y excluyen tanto en espacios públicos como privados, por lo que no pueden vivir tranquilamente en una sociedad cargada de prejuicios, imaginarios colectivos y visuales homofóbicos que hacen que se perpetúe la discriminación.

En ese contexto, la población LGBTI permanece segregada en una sociedad que por no aceptar la diferencia prefiere invisibilizarla, acentuando más la problemática de inequidad y desigualdad que afrontan quienes pertenecen a dicho grupo porque como "*minoría sexual*" quedan al margen de las leyes, políticas públicas, programas de atención, acceso a servicios asistenciales y demás mecanismos de acción del Estado y la sociedad, lo cual significa que todas existen sin un enfoque diferencial.

En el ámbito laboral la marginación de las personas LGBTI se sustenta en el discurso dominante de la heterosexualidad que por contera excluye a quienes hacen la diferencia, obligando a que todos se comporten de la misma forma y renuncien a ejercer su derecho a escoger libremente su opción de vida, a cambio de no recibir humillaciones ni burlas. Sin embargo existen situaciones mucho más graves, donde la sociedad los excluye dejándolos segregados a espacios donde según el imaginario colectivo, únicamente tienen cabida las personas diferentes.

La discriminación en el escenario laboral tiene repercusiones en el nivel

socioeconómico de las personas que pertenecen a la población LGBTI, por la exclusión y las limitantes que encuentran para acceder a determinados trabajos, o la deserción de quienes expresaron su condición pero fueron sometidos a tratos denigrantes y humillantes por parte del entorno laboral a través de burlas, chistes, bromas, sobrenombres e infinidad de prácticas aparentemente inofensivas pero igualmente discriminatorias. Sumatoria que se traduce en desempleo o empleo precario¹²⁵, impactando la economía y entorno social del grupo segregado.

Las distintas formas de violencia y la continua vulneración de derechos fundamentales continúan extendidas en los distintos ámbitos de la vida social ante la ausencia de leyes y políticas públicas que los protejan de actos de discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, generando que miembros de la comunidad LGBTI no tengan las mismas posibilidades y garantías que los heterosexuales, ya que es necesario que acudan a mecanismos judiciales para obtener el reconocimiento, el respeto y la protección de la dignidad humana y demás derechos, de los que son titulares desde el momento en que nacieron.

En el ámbito familiar, ocurre casi lo mismo, las personas LGBTI sufren el rechazo, el trato discriminatorio y violencia por parte de su entorno más cercano, lo cual acarrea graves consecuencias para el ejercicio y goce de los derechos humanos. Por ejemplo en el asunto sub examine, es inadmisibles que en la esfera familiar la parte actora reciba burlas por haber expresado su identidad de género en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía individual, porque en gran parte, esa situación es la que motiva la presente acción de tutela.

La situación de la población LGBTI refleja que a pesar de la prohibición de no discriminación por razones de orientación sexual o de identidad género y de los mecanismos de protección que tienen a su alcance, existen prácticas discriminatorias por parte del Estado, el sector privado, la sociedad en general y la familia, haciendo necesario el diseño y aplicación de una política pública que los proteja y desarrolle acciones positivas para generar una cultura del respeto por la diferencia.

Visto lo anterior, la Sala estima que a pesar de que la parte actora no acudió al llamado que hizo esta Corporación a fin de que ampliara los argumentos que expuso en el escrito de tutela, las afirmaciones consignadas en la referida demanda en relación con los motivos que expresa como fundamento de su petición, analizados en el contexto de la discriminación como fenómeno estructural y los estudios consultados sobre población LGBTI, permiten concluir que BB ha sido víctima de marginación, exclusión y malos tratos por parte de su entorno familiar y laboral por razón de su identidad de género.

En ese orden, las afirmaciones de BB acerca de *“tomé la decisión de hacer cambio de nombre, sin medir las consecuencias que me traería más adelante dicha decisión en lo profesional como personal, sin que esto implicara la*

¹²⁵ Consulta realizada el 11 de febrero de 2012. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/meetingdocument/wcms_179789.pdf

modificación de mi sexo, ya que, quería darle un sentido diferente a la vida que estaba llevando” y, que su nuevo nombre le ha generado inconvenientes “hasta el punto que he sido objeto de burlas tanto familiar como a nivel laboral” son evidencia de la presión social que recae sobre la parte actora, hasta el punto de preferir volver al nombre masculino contrariando su autonomía individual y la libre decisión de ser mujer.

Acceder a la pretensión de cambiar el nombre una vez más podría resultar contradictorio en la medida que BB se identifica conforme a su identidad de género, sin embargo, este Tribunal como guardián de las garantías superiores no puede dejar de lado la situación puntual que atraviesa quien acude a la acción de amparo en busca de una solución que mitigue la afectación psicológica que le genera el rechazo por parte de su entorno familiar y laboral.

En ese orden, la Sala está en presencia de una situación excepcional que da lugar a adoptar medidas tendientes a proteger a una persona LGBTI que a pesar de haber hecho uso de sus derechos y libertades, decide no continuar expresándolos porque la presión social y la discriminación estructural no le permiten desarrollarlos plenamente, llevándolo al extremo de solicitar volver a su situación inicial.

Esta Corporación reafirma su línea jurisprudencial en relación con la protección de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la autonomía individual de las personas pertenecientes a la población LGBTI y, en ese orden, reitera que la decisión autónoma de fijar la orientación sexual o identidad de género goza de pleno respaldo constitucional, de manera que todo acto de hostigamiento o discriminación contra quien libremente exprese su opción de vida, es susceptible de ser corregido por vía judicial a través de la acción de tutela o incluso, de la acción penal ante la Fiscalía General de la Nación.

No obstante lo anterior, la Sala reconoce que a pesar de los avances que existen en materia judicial –a través de los distintas sentencias emitidas por esta Corte– persiste la discriminación en los distintos ámbitos de la vida en comunidad, evidenciando la necesidad de que las distintas autoridades desarrollen políticas públicas tendientes a lograr una sociedad incluyente y respetuosa de la diferencia, y asimismo el legislador regule sobre la materia a fin de superar el déficit de protección existente.

Con la presente decisión este Tribunal no avala los actos discriminatorios que ha recibido la parte demandante, sino que protege las garantías fundamentales de una persona que por razón de su decisión de adoptar una nueva identidad de género ha sido objeto de segregación y maltrato psicológico por parte de una sociedad que se resiste a reconocer los derechos constitucionalmente respaldados y a aceptar la diferencia.

De otra parte, en cuanto a la identificación, esta Corte ha afirmado que la restricción legal contenida en el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970 (modificado por el artículo 6° del decreto 999 de 1988), por virtud del cual es

posible cambiar o modificar el nombre en el registro civil de nacimiento mediante escritura pública una sola vez, es razonable en la medida de que otorga seguridad jurídica a las relaciones que surgen entre los asociados y, con el Estado. Sin embargo, ha entendido que existen situaciones excepcionales que ameritan atemperar tal restricción con el fin de proteger derechos fundamentales y, por tal razón, ha inaplicado el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, ordenando realizar un nuevo cambio de nombre.

En ese contexto, la Sala acudirá a la excepción ya mencionada con el fin de conjurar la discriminación y la afectación a la dignidad humana de BB, por lo que revocará la decisión de instancia que “*negó*” el amparo solicitado.

En suma, esta Corporación es consciente de que las prácticas discriminatorias se presentan en los distintos ámbitos de la vida social y de diferentes maneras porque todavía se encuentran profundamente arraigadas en la cultura pese a las innumerables normas que las prohíben, empero, esta decisión fundamentalmente persigue mitigar los efectos nocivos que ocasionan en la vida de una persona las burlas y el hostigamiento por razón de su identidad de género.

Por lo anterior, esta Sala considera pertinente reiterar que BB es titular de los derechos fundamentales previstos en el ordenamiento superior y si bien es cierto que esta situación apremiante es la que motiva la pretensión de la tutela, también lo es que si en el futuro decidiera nuevamente fijar su identidad de género y para el efecto, llegase a solicitar un nuevo cambio de nombre, la parte actora podrá hacerlo.

Adicionalmente se advierte a BB que frente a los actos de discriminación y hostigamiento, puede acudir nuevamente a la acción de tutela, a fin de solicitarle al juez constitucional que intervenga y adopte las medidas necesarias para conjurarla, siendo necesario que advierta el contexto en que se presenta y quienes la originan. Asimismo puede acudir ante la Fiscalía General de la Nación para denunciar penalmente este tipo de conductas.

En consecuencia, la Corte concederá la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, a la intimidad y a la personalidad jurídica de la parte actora y de manera excepcional, inaplicará el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970 (modificado por el artículo 6° del Decreto 999 de 1988), ordenándole a la Notaría Primera de Bogotá que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, permita cambiar el nombre de BB por segunda vez, si así lo desea la parte actora.

Finalmente, esta Corporación dispondrá que si BB en el futuro fija nuevamente su identidad de género y decide cambiar su nombre masculino a uno femenino, la Notaría Primera de Bogotá deberá realizarlo sin que se necesario agotar ningún trámite adicional, para lo cual deberá adelantar las diligencias correspondientes a fin de que el nuevo nombre quedé consignado en el registro civil de nacimiento y la parte actora pueda actualizar su documento de identidad.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- PROTEGER el derecho a la intimidad de la parte demandante en la tutela de la referencia, y en consecuencia, **ORDENAR** la absoluta reserva del expediente, que implica que el nombre de la parte actora no podrá ser divulgado y que el expediente sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas con la decisión adoptada. La Secretaría General de la Corte Constitucional y la Secretaría del Juzgado que decidió en instancia el presente caso, deberán garantizar la estricta reserva.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 52 Civil Municipal de Bogotá el 11 de septiembre de 2015, que “*negó*” la protección de los derechos fundamentales a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad, invocada por BB. En su lugar, **PROTEGER** los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, a la intimidad y a la personalidad jurídica de BB, por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO.- ORDENAR a la Notaría Primera del Círculo de Bogotá D.C. inaplicar el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, conforme a la parte considerativa de esta providencia y con efectos exclusivamente circunscritos al presente caso y, en consecuencia, proceda a modificar el nombre cuando la parte actora solicite, para lo cual deberá realizar las diligencias correspondientes a fin de que el nuevo nombre quede consignado en el registro civil de nacimiento y pueda actualizar el documento de identidad.

CUARTO.- ORDENAR a la Notaría Primera del Círculo de Bogotá D.C. inaplicar el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, conforme a la parte considerativa de esta providencia y con efectos exclusivamente circunscritos al presente caso, en el evento futuro de que BB decida modificar su nombre con el fin de que coincida con su identidad de género, la Notaría deberá adelantar las diligencias correspondientes a fin de modificarlo para que quede consignado en el registro civil de nacimiento y pueda actualizarse el documento de identidad.

Para dar cumplimiento a lo anterior, la Notaría Primera del Círculo de Bogotá D.C. contará con un término de cinco (5) días hábiles contados a partir del momento en que la parte actora radique su solicitud en esa entidad.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General