



Radicado. 2015776000241

11/03/2015

Página 1 de 1

DNEAC 0143

Bogotá D.C. 11 de marzo de 2015



Honorable Magistrados y Magistradas  
**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**  
Sala Plena  
E. S. D.

**Referencia:** Expediente T-4.575.438. Magistrada ponente Maria Victoria Calle Correa

Respetados Magistrados y Magistradas,

En documento adjunto a la presente comunicación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 9 del Decreto 016 de 2014, “por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la fiscalía General de la Nación” me permito intervenir en el proceso de tutela de la referencia.

De los honorables magistrados y magistradas,

**JAVIER TOVAR MALDONADO**

Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales

**DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTRATEGIA EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES**

DIAGONAL 22B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52-01 BLOQUE C PISO 3 BOGOTÁ, D.C.  
CONMUTADOR 5702000 - 4149000 Exts. 3033 FAX 2264  
www.fiscalia.gov.co



Bogotá, D.C., 11 de marzo de 2015

Honorables Magistrados y Magistrada  
Sala Primera de Revisión  
**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**  
E. S. D.

**Referencia:** Expediente T-4.575.438

**Accionante:** Absalón Segundo Mosquera Palacios

**Accionada:** Corporación Universitaria Remington

**Magistrada Ponente:** María Victoria Calle Correa

Respetados Magistrados y Magistrada,

**JAVIER HERNÁN TOVAR MALDONADO**, identificado con la cédula de ciudadanía no. 79.738.338, en mi calidad de Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 9 del Decreto 016 de 2014, “Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”<sup>1</sup>, respetuosamente me permito intervenir en el presente proceso, con el fin de solicitar a la Corporación tutelar los derechos fundamentales de Absalón Segundo Mosquera Palacios.

La Fiscalía General de la Nación justifica la intervención en el presente caso, puesto que Absalón Segundo Mosquera Palacios presentó una denuncia penal por discriminación en contra del señor Arcadio Maya Elejalde. Además, los

<sup>1</sup>Artículo 9: La Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales cumplirá las siguientes funciones: 5. Intervenir en los procesos constitucionales y en las demandas de inconstitucionalidad, de interés para la Fiscalía General de la Nación. Decreto-Ley 016 de 2014, “Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”.



precedentes jurisprudenciales que la Corte Constitucional fije al resolver esta acción de tutela servirán para las labores investigativas y de acusación que adelanten los fiscales a la hora de resolver casos por discriminación en contra de personas transexuales, así como para la adecuada interpretación de los tipos penales que acontecen en este tipo de situaciones. En consecuencia, la presente intervención no afecta la investigación penal que actualmente se desarrolla en la Fiscalía General de la Nación.

La presente intervención desarrollará los siguientes puntos: 1) expondremos los antecedentes del caso e 2) indicaremos el estado del proceso penal iniciado por la denuncia que presentó Absalón Mosquera en contra de Arcadio Maya Elejalde por actos de discriminación. Posteriormente, 3) desarrollaremos los siguientes fundamentos constitucionales: i) el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre los derechos de la población transexual colombiana y ii) la prohibición de discriminación como garantía de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la diversidad sexual, en el marco de una institución educativa.

Así mismo, iii) plantearemos a esa Corporación la aplicación de la metodología establecida en su jurisprudencia para analizar si se configuró la discriminación alegada por el ciudadano Mosquera Palacios en este caso.

Finalmente, 4) presentaremos las conclusiones de la presente intervención.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La acción de tutela presentada por Absalón Mosquera Palacios**

Absalón Segundo Mosquera Palacios fue estudiante de medicina en la Corporación Universitaria Remington y se define a sí mismo como “afrodescendiente, persona trans y homosexual”.

El 9 de julio de 2012 el Juzgado 19 civil municipal de Medellín tuteló su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, al constatar que la Corporación Universitaria Remington lo discriminó por su color de piel, así



como por su orientación sexual y expresión de género. En consecuencia, ordenó al accionado tomar las medidas necesarias para reintegrar al estudiante.

Absalón Mosquera indicó que después del reintegro ordenado por el juez de tutela, fue nuevamente víctima de trato discriminatorio por parte de los profesores, estudiantes y personal administrativo de la institución accionada y sustenta su afirmación con los siguientes hechos:

El 10 de septiembre de 2012 el Decano de la Facultad de Ciencias de la Salud, Arcadio Maya Elejalde, inició un proceso disciplinario en contra del accionante por el presunto robo de unos guantes de la clínica donde realizaba la práctica médica. El 12 de marzo de 2013 se inició otra investigación en contra del estudiante por la queja formulada por el docente Héctor Mauricio Mazo; y el 22 de abril de 2013 la Corporación Universitaria abrió un nuevo proceso disciplinario en contra del accionante por la supuesta realización de un escándalo en vía pública.

Por ello, el rector de la Corporación Universitaria Remington condicionó la continuidad del estudiante Absalón Mosquera a la aprobación de todas las materias del periodo académico en curso con un promedio de (3,8) y la observancia de buena conducta.

De acuerdo con el tutelante, después de la anterior sanción disciplinaria se presentó un procedimiento irregular en la calificación de sus trabajos y exámenes, así como en la publicación de sus notas en el sistema de la universidad. En consecuencia, el estudiante no pudo matricularse en la Corporación Universitaria Remington y continuar con sus estudios profesionales de medicina.

Como consecuencia, el accionante perdió los recursos provenientes de la pensión de su padre, ya que su pago dependía de la continuidad y éxito de sus estudios de medicina.

Por otro lado, el accionante sostiene que varios estudiantes de la institución educativa accionada realizaron actos de acoso estudiantil o matoneo, tanto en los pasillos de la entidad como en las redes sociales (como Facebook, entre otras), sin que las directivas de la universidad hicieran algo por impedirlo. El accionante considera que las quejas que presentó para que la universidad tomara



acciones frente a la discriminación de la que era víctima por parte de sus compañeros de estudio fueron en vano.

Con el fin de poner en conocimiento los tratos crueles y discriminatorios de los que era víctima, el 12 de septiembre de 2013 Absalón Mosquera rindió una declaración ante la Personería de Medellín, donde dio fe de los actos discriminatorios y violatorios de derechos fundamentales en su contra, que ocurrieron en la Corporación Universitaria Remington.

El personero remitió dicha declaración al director seccional de la Fiscalía General de la Nación de Antioquia, a la ministra de Educación Nacional y al Rector de la Corporación Universitaria Remington.

De la misma manera, el 2 de octubre de 2013 Absalón Mosquera denunció ante la Fiscalía General de la Nación al señor Arcadio Maya Elejalde, Decano de la Facultad de Medicina de la Corporación Universitaria Remington, por los delitos de racismo y discriminación.

Finalmente, el accionante fue desvinculado de la universidad sin que recibiera respuesta favorable a las solicitudes de reintegro que presentó.

Por todo lo anterior, el señor Absalón Mosquera interpuso una acción de tutela con el fin de tutelar sus derechos fundamentales a la dignidad, a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, a la educación y al debido proceso, vulnerados con ocasión la discriminación racial y por razones de género de las que fue víctima por parte de la Corporación Universitaria Remington.

## **2. Estado del proceso penal surgido por la denuncia interpuesta por Absalón Mosquera Palacios contra Arcadio Maya Elejalde por actos de discriminación**

La Fiscalía Novena Seccional de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín adelanta las indagaciones pertinentes por los actos de discriminación denunciados por el ciudadano Absalón Segundo Mosquera Palacios.

La denuncia, que tiene el radicado no. 050016000206201355558, está en etapa de indagación y, a la fecha, se han recibido testimonios, ampliación de denuncia y se han recopilado otros elementos probatorios.



## II. FUNDAMENTOS

### 1. Desarrollo jurisprudencial de la corte constitucional sobre los derechos de la población transexual colombiana

Si bien la Corte Constitucional ha resuelto pocas tutelas en las que los accionantes son personas transexuales, ello no es óbice para que la alta corporación reconozca la situación crítica que enfrenta este sector poblacional en materia de derechos y garantías constitucionales<sup>2</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es importante indicar que la categoría “transgenerismo” agrupa diferentes identidades que no corresponden con la clásica dicotomía masculino/femenino<sup>3</sup>.

Lo anterior está en sintonía con los desarrollos teóricos de Judith Butler, a partir de los cuales la distinción entre un hombre y una mujer es una ficción reguladora que impone y obliga a las personas a llevar una vida heterosexual, conforme a las reglas hegemónicas que oprimen aquellas manifestaciones diversas.

Así, la categoría género debe reunir aquellas identidades que rompen con lo normal y dicotómico. En este sentido, la superación de las categorías binarias por medio de la categoría género lleva a la performatividad y al reconocimiento de nuevas maneras de autoidentificarse. Para J. Butler este cambio es importante porque:

“(…) [L]a capacidad del lenguaje de fijar tales posiciones, es decir, de imponer sus efectos simbólicos, depende de la permanencia y firmeza de la esfera simbólica misma, el terreno de la significación o la inteligibilidad”<sup>4</sup>.

El término trans permite nombrar aquellas identidades que no corresponden con las lógicas binarias del sexo y que impiden reconocer la existencia de personas

<sup>2</sup> Las siguientes son las sentencias que la Corte Constitucional ha resuelto sobre personas transexuales: Sentencia T-268 de 2000, Sentencia T-152 de 2007, Sentencia T-314 de 2011, Sentencia T-876 de 2012, Sentencia T-977 de 2012, Sentencia T-918 de 2012, Sentencia T-552 de 2013 y Sentencia T-771 de 2013.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>4</sup> Butler, Judith, *El género en disputa el feminismo y la subversión de la identidad* (Barcelona, España: Ediciones Paidós), 201.

que, aunque al nacer fueron asignados al sexo masculino o femenino, subvierten dicho orden y expresan su identidad personal a partir de la transexualidad, el travestismo, el transformismo o los *drag queens or kings*<sup>5</sup>.

La diferencia entre cada una de las anteriores identidades depende de la transformación corporal y endocrinológica de la persona, así como del tiempo que dure la asunción de una identidad diversa o trans, pues una persona de sexo masculino que asume la identidad de género femenino de una manera permanente no está en las mismas condiciones que otra persona que solo transgrede el orden heteronormativo esporádicamente<sup>6</sup>.

Así mismo, debe analizarse el contexto en el cual la persona asume su identidad disidente, puesto que este criterio es determinante para fijar la identidad de la persona.

De la siguiente manera se expresó la jurisprudencia de la Corte sobre la importancia de la **categoría transexualidad** para abarcar identidades disidentes del orden binario y heterosexual que impera en la sociedad:

“(…) [E]n una aproximación global puede señalarse que ella agrupa diversas identidades, tales como: **(i) transexuales** o personas que transforman sus características sexuales y corporales por medio de intervenciones endocrinológicas y quirúrgicas, noción que proviene especialmente de la medicina; **(ii) travestis** o personas que asumen una identidad atribuida socialmente al sexo opuesto, sobre el cual es pertinente precisar que algunas personas travestis intervienen sus cuerpos con hormonas y cirugías, pero no desean transformar quirúrgicamente sus genitales, advirtiendo que con alguna frecuencia este término adquiere connotación negativa asociada al prejuicio y el insulto; **(iii) transformistas**, que suelen ser generalmente hombres que adoptan identidades femeninas en contextos de noche, festivos o de espectáculo; y **(iv) drag queens o kings** quienes asumen una identidad transgresora de los géneros en contextos festivos, en ocasiones exagerando rasgos de masculinidad”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-918 de 2012, M.P. Clara Inés Vargas.



La anterior clasificación permite resaltar que quienes asumen su identidad de género de una manera pública son víctimas de una mayor discriminación y exclusión social, puesto que su identidad implica una exposición al mundo social, en contravía del orden normativo fijado por la comunidad en materia de orientación e identidad sexual. En consecuencia, la población trans debe enfrentar amenazas y agresiones por la manifestación pública de su identidad transgresora del orden normativo heterosexual, situación que en muchos casos desemboca en un fuerte rechazo.

Para el alto tribunal es clara la relación que existe entre la asunción pública de una identidad de género diversa y la discriminación que de ello deviene<sup>8</sup>. Como lo ha explicado la Teoría *Queer*, el orden configurador de la esfera pública buscará impedir dicha manifestación y tratará de normalizar a al hombre o a la mujer, en términos biológicos, que asumió una identidad diferente a la socialmente asignada. Precisamente, la ONG Colombia Diversa indicó lo siguiente para el caso de tutela de una mujer transexual:

“El que un travesti asuma su identidad de género implica, necesariamente, la total exposición de su intimidad. Esto genera un mayor rechazo por parte de la comunidad que considera que, en aras de preservar la moralidad pública, debe reprimirse cualquier manifestación legítima de las identidades de género, por considerarlas parte del fuero íntimo de las personas”<sup>9</sup>.

No puede desconocerse la carga emocional que implica asumirse como transexual en una esfera pública, ya que no solamente se trata de soportar el rechazo de la sociedad heteronormativa, sino que, a su vez, dicha decisión representa un tránsito emocional, mental y físico para alcanzar la identidad sentida y vivida<sup>10</sup>.

Con base en la jurisprudencia constitucional, la carga emocional que tiene para la persona transexual asumirse como tal, dentro de los márgenes de una sociedad que no incluye la diferencia y la pluralidad en materia de identidad de sexo y de género, exige que el Estado garantice la prestación de un servicio de salud que atienda de manera óptima y eficaz dicho tránsito:

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>9</sup> Intervención de Colombia Diversa, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) y la organización Women's Link Worldwide en la acción de tutela no. T-314 de 2011.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

“(…) Bajo las anteriores circunstancias, es preciso reconocer que dicha comunidad debe atravesar por transiciones de índole emocional, mental y física al momento de auto-identificarse, lo cual exige un cuidado en salud apropiado y oportuno. Sin embargo, no es inusual que las autoridades de salud limiten el acceso al servicio a las personas trans con base en su apariencia diversa, su identidad legal o el conocimiento de que hacen parte de dicha minoría”<sup>11</sup>.

Lo anterior llevó a que la Corte Constitucional resaltara la grave situación de vulnerabilidad, discriminación y déficit goce efectivo de derechos, especialmente a la igualdad y a la libertad de expresión, que deben soportar las personas transexuales en Colombia. Al punto, que afirmó: “la Sala es consciente que es un hecho que la población transgénero es uno de los grupos que padecen mayor discriminación en el país”<sup>12</sup>.

## **2. Situación de la población transexual en Colombia**

Según las estadísticas indicadas por la Corte Constitucional recientemente, las condiciones de vida de las personas trans están marcadas por la pobreza, la discriminación y la violencia que deben afrontar como consecuencia de que su identidad subvierte el orden heteronormativo de la sociedad colombiana.

Así, por ejemplo, la investigación adelantada por la Procuraduría General de la Nación, la Universidad Pedagógica Nacional y la Corporación Promover Ciudadanía mostró que el 95,8% de la población transgénero ha sido víctima de discriminación en sitios públicos<sup>13</sup>. Además, los resultados de las encuestas arrojan que la homofobia afecta más a la población transexual que a otros grupos sociales con orientación sexual diversa (gais, lesbianas, bisexuales o intersexuales).

Esto explica los alarmantes datos sobre las violaciones de derechos humanos de la población trans de la ciudad de Cali, plasmados en el estudio llevado a cabo por la Organización de Trabajadoras Sexuales Trans Santamaría Fundación, en el año 2009:

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-918 de 2012, M.P. Clara Inés Vargas.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>13</sup> Erik Cantor, *Homofobia y convivencia en la escuela* (Universidad Pedagógica Nacional y Corporación Promover Ciudadanía, 2009).



“(…) [S]e registraron y reportaron 5 casos de Transfobia por parte tanto de la autoridad como de la sociedad civil, en abril fueron registrados 9 casos y en mayo 11, sumando un total de 25 en este trimestre y teniendo una tendencia al ascenso, aumentando en abril en casi el doble (80%) y en mayo en más del doble (120%) con respecto a este primer mes”<sup>14</sup>.

Los anteriores datos pueden complementarse con el informe de Colombia Diversa titulado Impunidad sin Fin, que expone los diversos problemas que padecen las mujeres transgénero en las principales ciudades del país<sup>15</sup>.

Finalmente, de acuerdo con el Cuarto Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia, con motivo de la visita *in loco* realizada en diciembre de 2012, es alarmante la violencia, persecución y amenazas constantes en contra de las mujeres trans<sup>16</sup>.

Esta grave situación de derechos humanos fue reiterada en dos audiencias temáticas adelantadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2014, sobre la violencia contra las mujeres trans en las Américas y la población LGBTI (también trans) en el Caribe<sup>17</sup>.

Los anteriores informes y el interés de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por este tema, dan cuenta de las grandes dificultades que enfrentan las personas transexuales en nuestro país y que, inexorablemente, llevan a su marginalidad, así como a la anulación de sus derechos fundamentales. Precisamente, la Corte Constitucional concluyó en un caso anterior lo siguiente:

“(…) De la evidencia expuesta está demostrado que las penurias que deben afrontar las personas trans son más graves. Así, la población transgenerista es atacada, discriminada y excluida por motivo de su orientación sexual y/o su identidad de género, lo que inexorablemente anula el goce efectivo de los derechos a la igualdad y a la libertad de

<sup>14</sup> Boletín 0001 relacionado con el panorama de la situación social de vulneración de derechos humanos de las mujeres trans de Cali, <http://santamariafundacion.blogspot.com>

<sup>15</sup> Colombia Diversa, Informe “Impunidad sin fin”, [http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/que/3\\_1\\_INVESTIGACION/3\\_1\\_1\\_INFO\\_RMES\\_DERECHOS\\_HUMANOS/InformeDDHH\\_2010\\_2011/InfDDHH%202010\\_2011.pdf](http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/que/3_1_INVESTIGACION/3_1_1_INFO_RMES_DERECHOS_HUMANOS/InformeDDHH_2010_2011/InfDDHH%202010_2011.pdf)

<sup>16</sup> <http://www.ddhhcolombia.org.co/?q=node/188>

<sup>17</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 153° Período de Sesiones. Audiencias sobre: Discriminación contra personas trans en América y Denuncias sobre violencia contra personas LGBTI en el Caribe colombiano (octubre, 2014).



expresión entre otros, en un grado que no experimentan otros sectores de la sociedad”<sup>18</sup>.

### **3. Casos resueltos por la Corte Constitucional sobre población transexual y la garantía de sus derechos fundamentales**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre personas transexuales es constante en resaltar la conexión que existe entre la orientación sexual y la identidad de género con la garantía a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y el pluralismo que debe caracterizar a la sociedad.

Con ello, quiere expresar que la identidad sexual y de género está salvaguardada por el derecho a la dignidad, ya que de este derecho se deriva la identidad de las personas, así como del hecho de que cada uno es dueño de su propio ser. Por consiguiente, cada persona asume su identidad sexual y de género de una manera libre y autónoma.

De manera particular la jurisprudencia constitucional llamó la atención sobre el hecho de que la orientación sexual es parte esencial de la personalidad e inherente a la autonomía que la Carta Política reconoció a los ciudadanos. En consecuencia, el Estado no puede interferir en dicha identidad y orientación:

“(…) [H]abida cuenta que la orientación sexual es reconocida como parte esencial e indisoluble a la personalidad, debe ser reconocida como inherente a la persona, quien no puede ser perseguida, señalada o discriminada en razón de esta”<sup>19</sup>.

Así mismo, el respeto y la protección a las personas transexuales están fundamentados en el pluralismo que, de acuerdo con la Constitución, es un pilar fundamental de la organización política (artículo 1º superior). De este modo, el Estado está en la obligación de respetar las decisiones libres y fundadas de los individuos. Además, debe impedir aquellas acciones que tiendan a anular el libre desarrollo de la personalidad<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-918 de 2012, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-977 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada.



La libre escogencia de la orientación sexual y de género permite, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la pluralidad de diversas formas de vida humana las cuales nutren y hacen vivo el tejido social colombiano<sup>21</sup>. La diversidad sexual, entonces, está amparada por el ordenamiento constitucional, y la transexualidad resulta ser una opción de vida válida y objeto de protección por parte del Estado.

Si bien las acciones de tutela resueltas por la Corte Constitucional en materia de personas transexuales son pocas, los desarrollos jurisprudenciales del alto tribunal son importantes, dado que sancionan la discriminación dirigida contra ellas, a la vez que animan a la consecución de un orden jurídico plural, el cual reconozca y valore la diversidad sexual y de orientación de género.

➤ **Sentencia T-268 de 2000<sup>22</sup>**

El primer caso de la Corte Constitucional sobre personas trans resolvió una tutela interpuesta por el organizador de un “reinado gay”, debido a que la administración municipal no permitió que las candidatas desfilaran por las principales calles de la ciudad al considerar que dicho acto atentaría contra los derechos de los niños y de la familia.

Si bien el fallo no menciona propiamente a las mujeres transexuales –pues emplea la expresión gay para denominar a las personas que participarían del reinado del Bambuco Gay en la ciudad de Neiva–, muestra que se trataba de personas transexuales al mencionar que en el reinado participaría un “grupo de candidatas”.

Para la Corte Constitucional, la diversidad sexual está amparada constitucionalmente. Por ello, la homosexualidad es una alternativa válida y protegida por la Constitución y no puede convertirse en un factor de discriminación. Concluyó esa Corporación, en aquella oportunidad:

---

<sup>21</sup> “No obstante, esas restricciones legítimas no pueden anular la posibilidad del individuo de construir *autónomamente* su modelo de realización personal, con fundamento en el nexo profundo que existe entre el reconocimiento constitucional del pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad, ya que “mediante la protección de la autonomía personal, la Constitución aspira ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana. En consecuencia, para que la limitación al libre desarrollo de la personalidad sea legítima debe tener un fundamento jurídico constitucional”. Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>22</sup> M.P. Alejandro Martínez Caballero.



“Por todo lo anterior, se concluye que dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan "coexistir las más diversas formas de vida humana". En efecto, debe entenderse que la sexualidad, es un ámbito fundamental de la vida humana que compromete no sólo la esfera más íntima y personal de los individuos (CP art. 15) sino que pertenece al campo de su libertad fundamental y de su libre desarrollo de la personalidad (Art. 16), motivo por el cual el Estado y los particulares no pueden intervenir en dicha esfera, a menos de que esté de por medio un interés público pertinente”<sup>23</sup>.

El alto tribunal también indicó que las expresiones homosexuales no tienen por qué ser prohibidas o censuradas, ya que están protegidas por el ordenamiento constitucional y son expresión de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

Para la Corte resulta violatorio de la Constitución Política denegar la posibilidad de un desfile público de las candidatas del Reinado Nacional gay, incluso, considerar que los transexuales no puedan participar en escenarios públicos ni manifestar su expresión de género en las vías públicas representaría una grave violación a sus derechos fundamentales y forzaría a que este grupo de personas viviera en *ghettos* o lugares cerrados<sup>24</sup>.

Finalmente, la Corte resaltó el hecho de que considerar que la identidad transexual lesiona derechos implica un acto de discriminación. De ahí la importancia de que las personas con orientación sexual y de género diversa puedan manifestar su identidad en lugares y vías públicas<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>24</sup> “En ese orden de ideas, debe recordar esta Corporación que el espacio público y en especial las calles, plazas, etc., y su destinación al uso común, son ámbitos que deben ser protegidos por el Estado debido precisamente a la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común e indiscriminado de tales espacios, dentro de dinámicas sociales caracterizadas por la confluencia y a veces colisión de los intereses individuales con aquellos eminentemente colectivos”. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>25</sup> “Como se puede ver *prima facie*, un argumento semejante conduciría injustamente a concluir, que los transexuales o los travestis no pueden circular libremente por las calles, que su identidad debe reprimirse en sociedad ya que pueden válidamente ser discriminados en escenarios públicos como teatros, cines, plazas, etc., en detrimento de sus derechos y de su dignidad, si su condición ha trascendido socialmente o ha tenido "relevancia social". Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



➤ **Sentencia T-152 de 2007**<sup>26</sup>

En esta oportunidad, la Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales de una transexual víctima de discriminación por parte de una empresa de construcción, la cual no la contrató por su identidad de género. De acuerdo con el ingeniero de la obra: “Lo que pasa es que no permitimos personas como usted porque (SIC) los obreros se ponen a ver si usted trabaja o no y entonces no hacen nada”<sup>27</sup>.

Para la accionante, dicho reparo fue violatorio de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, igualdad, trabajo, buen nombre y dignidad humana.

A partir de este caso, el Alto Tribunal determinó que los actos discriminatorios en contra de las personas trans se enmarcan en aquello que la jurisprudencia constitucional ha denominado “categorías sospechosas”<sup>28</sup>. Las personas transexuales han sido objeto de discriminación históricamente, por esta razón, el ordenamiento jurídico debe salvaguardar sus derechos y asegurarse de que puedan integrarse y ser valoradas dentro de la sociedad.

➤ **Sentencia T-876 de 2012**<sup>29</sup>

Este caso resolvió la tutela de un hombre transexual que solicitó a su EPS la conformación de un grupo interdisciplinario de médicos para iniciar un tratamiento de cambio de sexo, así como la cirugía de cambio de sexo. Su servicio de salud consideró:

---

<sup>26</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-152 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>28</sup> En la Sentencia C-371 de 2002, la Corte señaló lo siguiente respecto de las categorías sospechosas: “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 estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”.

<sup>29</sup> M.P. Nilson Pinilla Pinilla.



“El procedimiento quirúrgico de cambio de sexo que requiere el paciente, no hace parte de los eventos incluidos en el plan obligatorio de salud aplicables a los beneficiarios del régimen subsidiado”<sup>30</sup>.

La Corte Constitucional consideró fundamental que la EPS autorizara el cambio de sexo al accionante, ya que ello era necesario para su calidad de vida porque aseguraba su bienestar psíquico, físico y social de la persona transexual.

Además de ello, la jurisprudencia fue clara al indicar lo siguiente:

“(…) [L]a falta de correspondencia entre la identidad mental del accionante y su fisionomía podría conllevar a una vulneración a su dignidad en el entendido de que no le es posible bajo esa circunstancia vivir de una manera acorde a su proyecto de vida”<sup>31</sup>.

De esta manera, el Alto Tribunal resaltó la necesidad de que las personas transexuales cuenten con un servicio de salud óptimo el cual asegure y reafirme la identidad sexual de la persona.

Los anteriores desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en materia de violaciones a los derechos de las personas transexuales permiten considerar que el ordenamiento constitucional garantiza el transexualismo como una expresión válida de la identidad de las personas. Así mismo, reconoce que cualquier prejuicio en contra de ellas configura un grave acto de discriminación, razón por la que sus expresiones identitarias deben ser protegidas y salvaguardadas por el Estado.

Igualmente, se extrae de la jurisprudencia constitucional que es importante que estas personas cuenten con herramientas sociales, médicas y de apoyo profesional para adaptar sus cuerpos al sexo sentido y vivido sin que esto represente una vulneración a los principios y valores del Estado colombiano.

<sup>30</sup>Corte Constitucional, Sentencia T-876 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>31</sup>Corte Constitucional, Sentencia T-876 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.



#### **4. La prohibición de discriminación como garantía de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la diversidad sexual, en el marco de una institución educativa**

La Constitución Política de 1991 dispuso en su artículo 13 la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, religión, lengua, origen nacional o familiar y opinión política o filosófica, al indicar que: “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”<sup>32</sup>.

De esta manera, el ordenamiento constitucional prohíbe cualquier trato diferenciado. Especialmente, por los criterios indicados, toda vez que dichos tratos, a su vez, representa una violación al derecho fundamental a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, se puede afirmar que existe una la relación intrínseca entre la prohibición de discriminación, el libre desarrollo de la personalidad y el carácter pluralista que caracteriza el Estado colombiano, según el contenido de los artículos 1º, 7º y 20 superiores.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

“Unido intrínsecamente con el derecho a la igualdad, el artículo 16 establece la garantía que tienen todas las personas al libre desarrollo de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen el orden jurídico y los derechos de los demás. Este derecho ha sido entendido por la jurisprudencia también como el de autonomía de la persona, y ha explicado que se materializa en el hecho consciente que tiene cada individuo para determinarse ante las opciones que ofrece la vida tanto en lo privado como en lo pblico, y en consecuencia, a diseñarautónomamente el plan como ser humano que pretende asumir dentro de la sociedad”<sup>33</sup>.

En conclusión, transgrede el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la persona cualquier tipo de diferenciación que no corresponda a un criterio razonable y constitucionalmente admisible<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. Constitución Política, Artículo 13.

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-691 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



De acuerdo con los desarrollos jurisprudenciales, es importante anotar que el artículo 13 de la Constitución Política deja una cláusula abierta con el fin de que el Estado adopte medidas que enfrenten el déficit de protección de los derechos de aquellos grupos históricamente discriminados. Al respecto, la Carta Política sostiene lo siguiente: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”. En esta medida, dicha cláusula permite actualizar la protección de sus derechos fundamentales y superar el referido déficit<sup>35</sup>.

**a. La orientación sexual y la identidad de género diversa: un criterio sospechoso de diferenciación.**

En virtud de la cláusula abierta del artículo 13 superior, para la Corte Constitucional existen otros ámbitos donde pueden ocurrir actos discriminatorios y, además, tienen la potencialidad de convertirse en factores sospechosos de discriminación, precisamente, porque son o han sido parte de grupos históricamente discriminados.

Con ello, la Corte indicó que está prohibida la discriminación que atenta contra los derechos fundamentales de aquellas personas que pertenecen a grupos que históricamente han sido víctimas de violación de sus derechos o que, por su condición física o mental, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta que exige una atención especial por parte del Estado y sus instituciones.

“La referencia constitucional expresa a criterios vedados, tiene un contenido más amplio que no se agota en la simple interdicción de esos factores, sino que implica también una advertencia acerca de frecuentes e históricas causas generadoras de desigualdad, opuestas, por lo demás, a la dignidad de la persona humana en que se funda nuestra organización estatal (art. 1o.), y a la consecución de “un orden político, económico y social justo” (preámbulo); en esa medida, se puede afirmar que existe la decisión constitucional de remediar situaciones de inferioridad fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y que a la prohibición de discriminar se suma la voluntad de erradicar esas conductas o prácticas arraigadas, que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables. Se impone, entonces, el

<sup>35</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



compromiso de impedir el mantenimiento y la perpetuación de tales situaciones, por la vía de neutralizar las consecuencias de hecho que de ellas se derivan”<sup>36</sup>.

En esta medida, el ordenamiento superior muestra que no solamente los criterios enunciados en el artículo 13 prohíben distinguir o conceder tratamientos distintos. A su par, deben atenderse aquellas categorías sospechosas que históricamente llevan a poner en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos sociales, y con ello, truncan la consecución de un orden justo. Así mismo, la Corte Constitucional definió la discriminación de la siguiente manera:

“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, también dijo que 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”<sup>37</sup>.

De ahí que la orientación sexual diversa de las personas y las identidades de género no heteronormativas o no convencionales son criterios sospechosos de diferenciación, toda vez que las identidades transgresoras del orden heteronormativo causan rechazo y generan distintos prejuicios sociales, los cuales desembocan en la falta de garantías para el ejercicio de sus derechos constitucionales.

<sup>36</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-410 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Entonces, podría decirse que las orientaciones de género diversas, como es el caso del transexualismo, no pueden ser razones para que el Estado o los particulares coarten, restrinjan o excluyan el ejercicio de los derechos, ni tampoco sean el criterio para negar el acceso a un beneficio. Al contrario, tanto el Estado como la sociedad civil son garantes de la pluralidad y, sobre todo, de las distintas manifestaciones humanas que configuran una sociedad en la que cada persona tiene su lugar.

**b. El derecho fundamental a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad en clave diversa**

Atrás quedó establecido que los criterios contenidos en el artículo 13 constitucional no son taxativos, ya que, de acuerdo con los desarrollos jurisprudenciales, hay que tener en cuenta otras categorías que históricamente han dejado prácticas que ponen en situación de desventaja y marginalidad a ciertas personas o grupos, entre otros, las personas transexuales.

Ahora es fundamental desarrollar los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, desde una perspectiva reivindicadora de los derechos fundamentales de las personas con identidades de género diferentes y no heteronormativas.

La Corte Constitucional fue paradigmática al reconocer que, como consecuencia de la dignidad humana, debe respetarse la decisión de la persona sobre la manera en que ha decidido proyectarse dentro de la sociedad. Así, la orientación sexual e identidad de género son elementos inherentes a la persona y, por ellas, no puede ser perseguida, señalada o discriminada por el Estado o los particulares.

De esta manera, asumirse como hombre gay, mujer lesbiana, persona transexual o bisexual es resultado del derecho a la dignidad humana, entre otros. El alto tribunal resalta la relación que existe entre la dignidad y la identidad sexual en los siguientes términos:

“El derecho a la identidad la persona es un ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna válida. Tal autonomía, implica a la persona como



dueña de su propio ser. 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”<sup>38</sup>.

Como puede verse, la persona decide sobre su identidad sexual de manera libre y “dueña de su propio ser”, en virtud de la autonomía –la cual es implícita– y de la dignidad humana. En otras palabras, el derecho a la dignidad en clave diversa lleva a que la persona desarrolle libremente su identidad, la cual debe ser salvaguardada. Por eso, en su ejercicio y vivencia diaria está prohibida cualquier intromisión que busque impedir el estilo de vida escogido. Por ello, es importante resaltar lo siguiente:

“[C]ualquier intromisión irrazonable que le impida a una persona alcanzar o perseguir sus aspiraciones legítimas, a través de las cuales busca su realización como ser humano, constituye una violación de este derecho fundamental”<sup>39</sup>.

No obstante, la misma Corporación indicó que la selección de la orientación sexual y de la identidad de género no puede convertirse en una excusa para faltar a las obligaciones y deberes constitucionales<sup>40</sup>.

La orientación sexual y la identidad de género son fruto de una decisión amparada constitucionalmente, toda vez que la sexualidad hace parte de la dignidad humana, es decir, de la esfera íntima de la persona<sup>41</sup>, y la diversidad sexual también hace parte de la libertad fundamental de las personas y de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Estas razones llevan a que este último derecho se aborde desde una óptica diversa.

Con base en los desarrollos jurisprudenciales, el libre desarrollo de la personalidad permite que las personas determinen por sí mismas su proyecto de vida, sin ningún tipo de intromisiones u obstáculos, sino a partir de los propios valores, creencias, convicciones e intereses personales. En este sentido, el modelo de vida que escoja la persona debe corresponder con su autonomía y libertad.

<sup>38</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez.



Para la Corte Constitucional, el libre desarrollo de la personalidad en clave diversa tiene una fuerte conexión con el derecho a la identidad personal como se puede observar en el siguiente aparte:

“Se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir que es dueña de sí misma, de sus actos y de su entorno. Igualmente, esta Corporación tiene bien establecido que uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra individualización como una persona singular es precisamente la identidad de género, esto es, el sentimiento de pertenecer a un determinado sexo”<sup>42</sup>.

Así mismo, este alto tribunal indicó que el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la opción que tienen las personas de escoger su propia opción de vida, “protege la libertad general de acción”<sup>43</sup>. En una oportunidad anterior también se pronunció respecto a este derecho en los siguientes términos:

“Es un **derecho de status activo** que exige el despliegue de las capacidades individuales, sin restricciones ajenas no autorizadas por el ordenamiento jurídico. Se configura una vulneración de este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”<sup>44</sup>.

En consecuencia, los derechos a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad implican que la persona pueda adoptar una identidad sexual diversa, al margen de lo normalmente aceptado y reconocido por la sociedad. De hecho, dichas opciones diversas y no heteronormativas no pueden ser objeto de interferencia o reproche por parte del Estado, dado que son muestra de la autonomía de la persona, no causan ningún daño al tejido social y dan cuenta de la pluralidad que caracteriza nuestra organización política. En palabras del alto tribunal:

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>43</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-532 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“El proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, “que no causa daño a terceros” y que está amparado por el respeto y la protección que, de conformidad con el artículo 2º superior, deben asegurar las autoridades a todas las personas residentes en Colombia”<sup>45</sup>.

Por otro lado, las diversas identidades de género que las personas pueden asumir en desarrollo de su personalidad y autonomía exigen respeto y salvaguardia, ya que también responden al pluralismo que, como se indicó antes, es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho, que reconoce la importancia de incluir lo que es socialmente rechazado y excluido<sup>46</sup>.

**c. Los derechos de autonomía, libre desarrollo de la personalidad y autonomía en clave diversa y en el marco de un contexto educativo**

Es importante resaltar que para la Corte Constitucional las orientaciones sexuales son una manifestación especial de los derechos fundamentales a la dignidad, la autonomía y el libre desarrollo a la personalidad. Por lo cual, ni el Estado ni los particulares pueden truncar dichas manifestaciones de la personalidad –ello supondría impedir la realización como ser humano de la persona afectada<sup>47</sup>-. De ahí el papel que juega la educación a la hora de garantizar la pluralidad en la sociedad es determinante ya que esta debe estar dirigida al respecto por la diversidad sexual y de género.

A partir de los anteriores desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre este importante punto, puede decirse que los sistemas educativos no pueden vulnerar ni convertir en criterio de diferenciación la orientación sexual de las personas. Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional fue enfática en señalar que los centros educativos están en el deber de reconocer y valorar la diversidad sexual de los estudiantes:

“(…) [L]a Carta, al elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales, permite que la homosexualidad, -

<sup>45</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>46</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>47</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



como alternativa o como inclinación sexual diversa-, se encuentre protegida y no constituya en sí misma un factor de discriminación social que justifique un tratamiento desigual”<sup>48</sup>.

Gracias a esto, el mismo Tribunal Constitucional ha rechazado aquellas acciones adelantadas por centros educativos que buscan interferir en las orientaciones sexuales de los estudiantes, así como convertir dicha diversidad en un criterio de discriminación. Por ello, cabe resaltar el hecho de que la educación debe tender hacia el respeto por la diversidad y, sobre todo, a lograr que a los estudiantes no les sea vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esto ha sido expresado por la Corte de la siguiente manera:

“(…) El proceso educativo no puede incluir prácticas o metodologías que vulneren o desconozcan el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues ciertamente debe respetar los proyectos de vida de los educandos, mientras estos se basen en principios y valores constitucionalmente aceptados y protegidos”<sup>49</sup>.

Si bien la Corte encuentra la necesidad de que los estudiantes sean formados en el respeto por la diversidad y la diferencia como una garantía de la educación integral y del libre desarrollo de los estudiantes, toda vez que el contrario al ordenamiento constitucional prohíbe aquellas acciones que buscan la sancionar lo diferente y no homogéneo. Precisamente, la jurisprudencia al Alto Tribunal resaltó:

“La elección de la orientación sexual es una clara manifestación y materialización del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de modo que el establecimiento educativo no puede coartar tal elección, so pretexto de pretender inculcar valores homogéneos a todos los estudiantes, no respetando sus diversas tendencias”<sup>50</sup>.

Por otro lado, desde los comienzos de la Corte Constitucional, se indicó que la discriminación no puede impedir el goce efectivo de derechos, entre otros, el derecho a la educación<sup>51</sup> y, respecto al derecho a la educación de la población

<sup>48</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>50</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>51</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

transsexual el alto tribunal se pronunció de manera explícita sobre la discriminación educativa que afecta a este grupo poblacional:

“La ausencia de igualdad en caso de personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados conlleva a la anulación permanente de otros derechos en distintos rangos, que van desde la seguridad social integral, pasando a situaciones básicas como el acceso y la permanencia en el trabajo, la educación o en el aspecto recreativo el ingreso a eventos o establecimientos abiertos al público como discotecas, bares, restaurantes, centros comerciales, ferias y similares”<sup>52</sup>.

Los anteriores desarrollos jurisprudenciales permiten resaltar la importancia que juega la educación en la garantía de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y la autonomía, por cuanto permite lograr que los ciudadanos valoren y respeten la diversidad sexual y de género que existe dentro de la sociedad. Así mismo, esta clase de espacios están obligados a garantizar la libertad de los estudiantes y, por ello, en los mismos no pueden adelantarse actuaciones discriminatorias que atenten contra los derechos de las personas LGBTI.

### **III. SUGERENCIAS PARA EL ESTUDIO DEL CASO CONCRETO**

#### **1. Metodología implementada por la Corte Constitucional en casos de discriminación**

La Corte Constitucional ha desarrollado varias metodologías para decidir si en un caso en concreto ocurre un acto de discriminación, así como los efectos que este hecho pueda tener en la persona o grupo de personas vulnerados. Precisamente, en uno de los últimos casos de discriminación que el alto tribunal resolvió y que afectó a una mujer transexual (Sentencia T-314 de 2011<sup>53</sup>), determinó que para la configuración de un acto discriminatorio deben concurrir los siguientes elementos: i) un trato desigual, ii) el hecho que dicha desigualdad sea injustificada, es decir, carezca de fundamento y razonabilidad constitucional,

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-918 de 2012, M.P. Clara Inés Vargas.

<sup>53</sup> M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



y iii) la existencia de un perjuicio (genere un daño, cree una carga o excluya a una persona del acceso a un bien).

Si bien la anterior metodología permitió a la Corte determinar que efectivamente la accionante había sido víctima, la Corte en otras ocasiones ha recurrido a un *test* mucho más efectivo para establecer la vulneración a los derechos fundamentales por actos de discriminación. Precisamente, en un caso de discriminación educativa por razones de raza, el alto tribunal constitucional aplicó una metodología de investigación que parte del concepto de “escenario” y del contexto donde ocurre el acto discriminatorio.

Una de las mayores ventajas de la metodología de análisis mencionada es el hecho de que el análisis del juez no solamente debe estar referido a un caso particular, sino que debe considerar el contexto en el que ocurren dichas situaciones de violación en los casos difíciles y de graves discriminaciones. Al respecto señaló la Corte:

“Ya en el pasado la jurisprudencia ha tenido que enfrentar casos concretos en los que el análisis judicial no se puede limitar a un acto concreto y específico, sino que debe incluir el contexto en el cual se produce. Los actos de discriminación, por supuesto, no son el único caso en el que la jurisprudencia ha tenido que considerar y ponderar el contexto en que una violación a los derechos se puede presentar”<sup>54</sup>.

La anterior metodología fue expuesta en la Sentencia T-691 de 2012, donde un estudiante de raza negra interpuso acción de tutela contra la Universidad Distrital por algunos comentarios racistas hechos por un profesor y dentro de un salón de clases. En primer lugar, esta aproximación busca determinar las características del lugar donde ocurrió el acto discriminatorio, así como las relaciones de poder que ocurren entre la persona discriminada y quien discrimina. Por último, debe determinarse el grado de continuidad y permanencia del acto discriminatorio y su duración.

A continuación, partiremos de los elementos de la metodología planteada, para analizar el caso del estudiante Mosquera Palacios.

---

<sup>54</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-691 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.



## 2. Metodología aplicada al caso concreto

### a. Características y calificación del lugar donde ocurrió el acto de discriminación

De los hechos narrados por el accionante, se infiere que los supuestos actos de discriminación ocurrieron, principalmente, dentro de la universidad donde estudiaba medicina, más concretamente, en la Corporación Universitaria Remington, debido a que tanto docentes como compañeros de estudio convirtieron en objeto de burla y desprecio la identidad de género del tutelante.

Según lo establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los espacios educativos son de carácter semiprivado, ya que:

“El nivel de protección de la intimidad y de otras libertades individuales en estos espacios, varía en cada caso. Por ejemplo, en un establecimiento educativo o en una oficina, la posibilidad de restringir la intimidad, será menor que en un centro comercial. Evidentemente, en dichos lugares, hay una comunidad con códigos de convivencia y reglas preestablecidas, que también comparte cierta intimidad circunscrita a la vida común en el contexto cerrado del trabajo y del establecimiento educativo al cual solo acceden los trabajadores, o los estudiantes y profesores. Estos espacios cerrados en los que un conjunto de personas comparten una actividad y en los que el acceso al público es restringido, son espacios semi-privados y, por ende, las injerencias a la intimidad y demás libertades que se ejercen en tales contextos, son limitados. Sin embargo, no son espacios privados, porque las acciones de cada uno de los individuos en una oficina, o en un establecimiento educativo, tiene repercusiones sociales: no se trata del individuo en su propio ámbito de acción, sino del individuo en una comunidad”<sup>55</sup>.

Así mismo, el Tribunal Constitucional indicó que en aquellos espacios marcados por normas, ya sean sociales o jurídicas, la discriminación está mucho más acentuada. Por ejemplo, en un salón de clases, los estudiantes están sometidos a una serie de reglas y parámetros de conducta que les impiden retirarse de manera espontánea y libre. Así lo resaltó la Corte:

<sup>55</sup>Corte Constitucional, Sentencia T-407 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

“Hay espacios que se encuentran altamente reglados, en los cuales las personas están sometidas a cierto tipo de restricciones o controles legítimos, el salón de clase, por ejemplo, es un típico espacio reglado en el cual los estudiantes están sometidos a reglas de disciplina. No pueden decidir libremente cómo y cuándo recorrerlo. Existen amplias restricciones en tal sentido, y, por tanto, un movimiento que desconozca reglas como las de ‘esperar la señal de salida’ o la de tener autorización verbal expresa del profesor previa para poder abandonar el salón, pueden ser interpretadas como irrespeto a la autoridad.

Como se dijo, **un escenario de discriminación puede llevar aparejados sentimientos de vergüenza, humillación o deshonra. En las condiciones de espacios reglados y sometidos a control, la posibilidad de ejercer el derecho a no permanecer en un escenario de discriminación puede ser más costosa, y llevar a la persona a someterse a un trato indigno**<sup>56</sup> (negrilla fuera del texto original).

Lo anterior lleva a que cualquier acto de discriminación que ocurra en un centro educativo tiene un impacto importante en los derechos fundamentales de la persona, toda vez que el sentimiento de humillación que la persona puede llegar a soportar es pronunciado. No solamente porque otros miembros de la comunidad sabrán del acto discriminatorio, sino porque, además, la persona queda en una situación de humillación pública que genera un grave desconocimiento de sus derechos fundamentales.

#### **b. Relaciones de poder entre la víctima del acto discriminatorio y quien lo realiza**

Con base en los hechos narrados por el accionante, tanto los docentes como directivas de la Corporación Universitaria Remington ejercieron actos discriminatorios dirigidos contra el accionante. Por otra parte, no se puede desconocer que este último se encontraba en una relación de sujeción y dependencia respecto de los docentes y directivas de la universidad.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, resulta fundamental que el juez de tutela evalúe la relación de poder que existe entre quien realiza

<sup>56</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-691 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

los actos discriminatorios y su destinatario. Ya que si, por ejemplo, el profesor atenta contra los derechos fundamentales del estudiante, dicho acto resulta ser más reprochable y discriminatorio dada su posición de poder y jerarquía.

“(…) [S]e ha de tener en cuenta cuál es la *relación de poder* que existe entre la persona discriminada y la persona discriminadora. En caso de que exista una relación de sujeción y dependencia, el victimario podrá coaccionar y someter a la persona a una presión y una afectación mayor. (...) Personas como un juez, un policía, un profesor o un superior jerárquico, ejercen poderes y formas de control sobre otras personas, que deben estar sometidos a las reglas, los principios y los valores del orden constitucional vigente”<sup>57</sup>.

Adicionalmente, la Corte también ha indicado que todo poder debe ser ejercido con base en los principios y valores constitucionales. Estos llevan no a exigir un control y, especialmente, la garantía y protección de los derechos fundamentales.

En consecuencia, el juez constitucional deberá atender la relación de poder que existió entre el joven Absalón Mosquera, los docentes de la Facultad de Medicina y las directivas de la Corporación Universitaria Remington.

### **c. Grado de continuidad del hecho discriminatorio**

Por otro lado, es importante que el juez constitucional evalúe con detenimiento el grado de continuidad y permanencia del hecho discriminatorio dentro del contexto en el cual ocurrieron los hechos. Es decir, en este caso, deberá evaluarse si las acciones descritas por el señor Absalón Mosquera en el escrito de tutela fueron aisladas, o por el contrario. Si la actuación de los victimarios fue continua en el tiempo, la vulneración a los derechos fundamentales será mucho mayor.

Sobre del grado de continuidad y permanencia, es importante indicar lo siguiente:

“La interacción con un grupo que se mantiene y continúa en el tiempo puede ser un factor que impacte en mayor grado los derechos de una persona que ha sido discriminada. En tales situaciones, por ejemplo,

---

<sup>57</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-692 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

puede ser irrazonable constitucionalmente obligar a una persona a permanecer asistiendo a eventos ante el público que estuvo presente en el escenario de discriminación. Son pues, determinantes los criterios de continuidad y permanencia de la persona discriminada dentro del grupo que asistió al escenario de discriminación para poder valorar el grado y la dimensión de afectación a los derechos”<sup>58</sup>.

En conclusión, la existencia de hechos constantes de discriminación en escenarios colectivos, como es el caso de una institución educativa, hace que la vulneración de los derechos fundamentales sea un foco de mayor vulnerabilidad y marginación.

#### **d. Duración de la discriminación**

Finalmente, la Corte Constitucional deberá determinar con precisión la duración del acto de discriminación. Este dato ayuda a evaluar, de manera íntegra, la exposición de la persona discriminada a actos violatorios de sus derechos fundamentales.

Según la jurisprudencia del alto tribunal, la “duración de la puesta en escena” es importante en el juicio que adelante la autoridad judicial por los siguientes argumentos:

“Cuánto tiempo se expuso a la persona discriminada al irrespeto en público de su dignidad. En tal sentido, una mayor duración del evento que supuso la puesta en escena de un acto discriminatorio conlleva en principio, una mayor afectación de los derechos de la persona. El tiempo de duración del acto tendrá impacto importante en el dilema de salida al que se le somete a quien se discrimina, como se resaltaré posteriormente”<sup>59</sup>.

A partir de la anterior metodología de análisis constitucional pueden evidenciarse los criterios que el juez constitucional debe evaluar a la hora de determinar si el estudiante Mosquera Palacios fue víctima, o no, de discriminación por parte de miembros de la Corporación Universitaria

<sup>58</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-691 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>59</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-691 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

Remington. Así las cosas, la Sala de Revisión de la Corte deberá, primero, localizar los actos de discriminación que enuncia el accionante; segundo, determinar la relación de poder entre el tutelante y quien, de acuerdo con los hechos de la tutela, realizó actos violatorios de sus derechos fundamentales.

Los anteriores criterios permitirán llevar a cabo un análisis integral sobre la continuidad de los actos discriminatorios, así como, la duración de los mismos. En caso de que los anteriores criterios den cuenta de la discriminación y, sobre todo, de su continuidad en el tiempo, la Corte tendrá suficientes elementos de juicio para tutelar los derechos fundamentales del accionante.

#### **IV. CONCLUSIONES**

1. Los anteriores desarrollos constitucionales nos permiten concluir que la identidad de género diversa se configura como un “criterio sospechoso” de diferenciación, puesto que históricamente aquellas personas que transgreden el orden heteronormativo, como el rígido concepto de masculino y femenino, deben soportar las cargas que otras personas y grupos sociales no se ven abocados a asumir por su orientación sexual y de género.
2. La Corte Constitucional reconoció el hecho de que ser transexual lleva a la vulneración constante de derechos y garantías constitucionales. Esto explica por qué este grupo poblacional es obligado a vivir en condiciones de exclusión y marginalidad, e incluso, las personas trans sufren mayor discriminación que las personas gais, lesbianas o bisexuales.
3. Debe aceptarse que la orientación sexual y de género es una decisión personal que deber ser respetada y valorada por el Estado y los particulares. Más aun, si se tiene en cuenta que es una manifestación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad.
4. La aproximación que el juez constitucional debe hacer respecto a los derechos anteriormente enunciados, exige una lectura diversa de los mismos.
5. La manera particular en que la Corte Constitucional ha entendido la dignidad humana en los casos de personas gais y/o con identidades de género



diversas lleva a reconocer que esta es fuente del derecho a la autodeterminación sexual. En este sentido, la orientación y las identidades diversas son parte esencial de la personalidad humana.

6. La autonomía personal de los ciudadanos puede proyectarse de una manera libre y diversa dentro de la sociedad. De hecho, la pluralidad que debe caracterizar al Estado colombiano exige un reconocimiento, así como una formación en el respeto de aquello que no es común o heteronormativo.

7. Es importante que la metodología de investigación que adelante el juez constitucional no se limite a un acto concreto, sino que, a partir de la situación, pueda incluirse el contexto de la discriminación y el déficit de protección de los derechos fundamentales de las personas transexuales.

8. La metodología adoptada por la Corte Constitucional en otros casos de discriminación exige analizar, entre otros aspectos, las características del lugar donde ocurrió el acto discriminatorio, las relaciones de poder que ocurren entre la persona discriminada y quien ejerce los actos discriminatorios, su grado de continuidad y duración.

En los anteriores términos, dejo planteados los argumentos de la Fiscalía General de la Nación que se solicita respetuosamente a la Sala Primera de Revisión tener en cuenta al momento de adoptar la decisión correspondiente en la acción de tutela de la referencia.

De los honorables magistrados y magistradas,



**JAYVER HERNÁN TOVAR MALDONADO**  
**Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales**  
**Fiscalía General de la Nación**