

Bogotá D.C., 11 de agosto de 2010

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
E.S.D.

*Ref.: Concepto frente al proceso de tutela del expediente T-2.643.229.
Acción de tutela instaurada por Valeria Hernández Franco contra Olga María Chacón,
Carlos Dávila y la Sociedad Hotelera Tequendama*

Honorables Señores Magistrados:

Nosotras, Marcela Sánchez Buitrago y Catalina Lleras Cruz, directora y abogada de Colombia Diversa respectivamente; Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque, director e investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia; y Andrea Parra, abogada de Women's Link Worldwide, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, obrando en calidad de ciudadano y ciudadanas colombianas, en respuesta a la invitación de la Corte Constitucional, respetuosamente nos permitimos rendir nuestro concepto sobre la tutela de la referencia.

Compartimos las tesis esenciales de la acción de tutela interpuesta por Valeria Hernández Franco, en el sentido que las acciones emprendidas por Olga María Chacón, Carlos Dávila y la Sociedad Hotelera Tequendama vulneraron los derechos a la igualdad (artículo 13 C.N.) y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 C.N.) de la actora.

La tesis central que sostendremos es que está constitucionalmente prohibido discriminar por razón de la orientación sexual y de la identidad de género, por lo cual, está prohibido discriminar a las personas transgeneristas y transexuales, como lo han señalado numerosas instancias internacionales de derechos humanos, cuya doctrina es guía para la interpretación de los derechos fundamentales en Colombia y como se desprende de la propia jurisprudencia de esta Corte Constitucional. Sin embargo, a pesar de dicha prohibición, esas personas son discriminadas y agredidas constantemente en su vida cotidiana, lo cual les afecta gravemente el goce de sus derechos fundamentales. Muchas de dichas discriminaciones no son abiertas, sino sutiles y encubiertas, por lo cual, tanto la jurisprudencia constitucional comparada como la internacional, y también la desarrollada por este Tribunal, han planteado estándares probatorios específicos para prevenir dichas discriminaciones sutiles y para sancionar su ocurrencia. Conforme a dicho estándar, la persona que alega la discriminación no tiene que demostrar directamente la intención discriminatoria pues se trata de una prueba casi imposible. En su lugar, a la persona le basta probar i) que hace parte del grupo tradicionalmente discriminado, ii) que en una situación semejante fue tratada de manera distinta a otras personas de otros grupos sociales y iii) que dicho trato distinto le ocasionó un daño. Una vez probada esta situación, entonces debe presumirse la discriminación y se invierte la carga de la prueba. Corresponde a quien hizo el trato distinto probar que éste era justificado y no tenía propósito discriminatorio. Conforme a ese estándar probatorio, sostenemos que las decisiones de los jueces de instancia deben ser revocadas y debe otorgarse la tutela.

Para sustentar las anteriores conclusiones, nuestra intervención aborda tres cuestiones fundamentales. En primer lugar, se presentará el marco jurídico internacional de protección contra la discriminación por identidad de género. En segundo lugar, se hará una descripción del contexto de discriminación de la población transgenerista en Colombia. Finalmente, se abordarán los estándares probatorios en casos de discriminación.

1. El marco jurídico internacional de protección contra la discriminación por identidad de género

Los derechos a la dignidad y a la no discriminación¹ son dos de los principios fundamentales que sustentan la protección de los derechos humanos en los tratados regionales e internacionales. Estos derechos aplican a todas las personas sin distinción de raza, sexo, estatus social, orientación sexual o identidad de género, o cualquier otra condición social². El principio de no discriminación se encuentra consagrado en múltiples tratados y hoy se reconoce como parte del *ius cogens*³. A continuación mostraremos los principales desarrollos sobre la protección contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos, y a continuación haremos referencia a algunos desarrollos en el derecho comparado.

1.1. Los sistemas universal e interamericano de derechos humanos frente a la discriminación por identidad de género y orientación sexual.

¹ Se entiende “discriminación” como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 18 (no discriminación), 10 de noviembre de 1989, párr. 7, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 42 período de sesiones, mayo de 2009, Observación General No. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, párr. 7.

² Los Principios de Yogyakarta definen “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*”. Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación a la Orientación Sexual y la Identidad de Género, de noviembre de 2006.

³ Ver, Carta de las Naciones Unidas, arts. 1.3 y 55; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5 (21 de diciembre de 1965, ratificada por Colombia el 2 de septiembre de 1981); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.1 y 26 (16 de diciembre de 1966, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.2 (16 de diciembre de 1966, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 3 (18 de diciembre de 1979, ratificada por Colombia el 19 de enero de 1982); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, art. 1.1 (26 de junio de 1987, ratificada por Colombia el 8 de diciembre de 1987); Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2 (20 de noviembre de 1989, ratificada por Colombia el 2 de enero de 1991); Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1 (22 de noviembre de 1969, ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973). Sobre el estatus de *ius cogens* del principio de no-discriminación, ver también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 18 del 17 de septiembre de 2003)

A pesar de que los derechos contenidos en los tratados internacionales son universales en teoría, en la práctica, las personas transgeneristas y transexuales sufren un alto grado de discriminación, intolerancia y violencia, lo cual vulnera sus derechos fundamentales a la vida, la integridad física y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Continuamente se reportan en todo el mundo numerosas violaciones de los derechos humanos de las personas que no se conforman a las normas de género⁴. Para comprender adecuadamente la vulnerabilidad que caracteriza la experiencia travesti y transexual es preciso considerar, en cada momento, que tal experiencia acontece en una inescapable visibilidad:

“A diferencia de quienes pueden, en condiciones de una discutible autonomía, ‘elegir’ revelar o no su orientación sexual o sus prácticas sexuales, travestis y transexuales se ven expuestas a un permanente escrutinio –al cruzar un puesto migratorio, al ir al votar, al ser detenidas por la policía en la vía pública, al acudir a un hospital, al inscribirse en una escuela o, simplemente, al salir a la calle y caminar. Este escrutinio –que no es otro que el del intenso control social sobre la economía pública de cuerpos ‘peligrosos’, tanto en sí mismos como en su capacidad para el ‘contagio’ –afecta a travestis y transexuales desde su infancia. En muchos casos, la expresión temprana de conductas asociadas culturalmente con la feminidad, la homosexualidad y el travestismo determinan la expulsión del hogar, la exclusión del sistema educativo, la migración a centros urbanos y la entrada en la prostitución de niñas y adolescentes travestis y transexuales. Aún quienes cuentan con el apoyo de sus familias deben enfrentar no sólo fuertes experiencias de estigmatización social –que alcanzan a la familia toda- sino también formas repetidas de hostigamiento, y el maltrato cotidiano de ser incluidas en instituciones educativas y sanitarias bajo un nombre y un género distinto al que reivindican como propio”⁵.

Ante esta realidad, cada vez más reconocida, los órganos de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, cuyas observaciones y recomendaciones constituyen una guía de interpretación constitucional en Colombia, han emitido observaciones y recomendaciones dirigidas a la consolidación del principio de no discriminación respecto de la identidad de género, así como de las obligaciones de los Estados frente a actos discriminatorios cometidos tanto por agentes estatales como por personas privadas.

⁴ Ver entre otros, Amnistía Internacional, “Crímenes de odio, conspiración de silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual”, Agosto de 2001, En: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT40/016/2001/en/ce8dd754-d961-11dd-a057-592cb671dd8b/act400162001es.pdf>, p. 17-20; Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas, “Trans Latinoamericanas en situación de pobreza extrema”, 15 de mayo de 2009, En: <http://www.iglhrc.org/cgi-bin/iowa/article/publications/reportsandpublications/905.html>; Human Rights Watch, “No vales un centavo: Abusos de derechos humanos en contra de las personas transgénero en Honduras”, 29 de mayo de 2009, en: <http://www.hrw.org/en/reports/2009/05/28/no-vales-un-centavo-0>; Cabral, Mauro, “Soy Ante la Ley”, Diario Página 12, 30 de julio de 2010, en: <http://www.pagina12.com.ar/imprimir/diario/suplementos/soy/1-1515-2010-07-30.html>; O’Flaherty, Michael y Fisher, John, “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, Human Rights Law Review, Vol. 8, No. 2, Oxford University Press : 2008, en: <http://www.yogyakartaprinciples.org/yogyakarta-article-human-rights-law-review.pdf>; Disforia de Género, “Transexuales somos los últimos esclavos”, Reportaje Tamara Adrián, conmoviona Venezuela”, 27 de agosto de 2005, en: <http://www.disforiadegenero.org/modules.php?name=News&file=article&sid=118>

⁵ Amicus Curiae presentado por Marcelo Ferreyra, Coordinador del Programa para Latinoamérica y el Caribe de la Comisión Internacional para los Derechos Humanos de Gays y Lesbianas, en autos “ALITT ASOCIACIÓN LUCHA POR LA IDENTIDAD TRAVESTI-TRANSEXUAL c/ IGJ 1720574/35584 s/ RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO”, Expediente N°2036/2004, tomo 40, letra “A” tipo RHE, apartado 4.2.1.

Así, el Comité contra la Tortura, en su Observación General No. 2, sobre la aplicación del artículo 2 de la Convención por los Estados Partes, afirmó:

*“El principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención. (...) Los Estados Partes deben velar por que, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sean su raza, color, grupo étnico, edad, creencia o adscripción religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, género, orientación sexual, identidad transexual (...). Por lo tanto, los Estados Partes deben garantizar la protección de los miembros de los grupos que corren mayor peligro de ser torturados, enjuiciando y castigando cabalmente todos los actos de violencia y maltrato cometidos contra esas personas y velando por la aplicación de otras medidas positivas de prevención y protección”*⁶. (Subrayas fuera del texto original)

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de verificar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su reciente Comentario General No. 20⁷, estableció que la no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos, son esenciales para el goce de los derechos económicos, sociales y culturales y están reconocidos en todo el Pacto. Afirma el Comité que *“la identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”*⁸ (Subrayas fuera del texto original). Reconoce además el Comité que a menudo se observan casos de discriminación en la familia, el lugar de trabajo y otros sectores de la sociedad y que por lo tanto, los Estados partes deberán tomar medidas para velar porque los individuos y entidades no apliquen los motivos prohibidos de discriminación en la esfera privada⁹.

El Comité de Derechos Humanos, encargado de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Comentario General No. 18 afirmó que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos y que los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹⁰. Añade que la protección prevista en el artículo 26 del Pacto prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas y no sólo se limita a los derechos enunciados en el Pacto¹¹. Finalmente, señala que bajo el principio de igualdad, *“en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar medidas especiales para poner remedio a esa situación”*¹².

⁶ Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/CG/2, 24 de enero de 2008, párr. 20-21

⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, op. cit. nota 1. En: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/434/08/PDF/G0943408.pdf?OpenElement>

⁸ *Ibíd.*, párr. 32

⁹ *Ibíd.*, párr. 11

¹⁰ Op. cit. Nota 1, párr. 1

¹¹ *Ibíd.*, párr. 12

¹² *Ibíd.*, párr. 10

En el mismo sentido, la Asamblea General de Naciones Unidas se ha manifestado expresamente en contra de la discriminación por razón de la orientación sexual y de la identidad de género. En su resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008, expresó su preocupación por las violaciones de derechos humanos cometidas contra individuos con base en su orientación sexual e identidad de género y reafirmó el principio de no discriminación de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³.

Análogamente, el Comité contra la Discriminación Racial, en su observación general No. 20, afirma que los derechos y libertades protegidos por la Convención benefician a todas las personas que vivan en un Estado determinado¹⁴. Igualmente, afirma que “*en la medida en que las prácticas de las instituciones privadas influyan en el ejercicio de los derechos o en la disponibilidad de oportunidades, el Estado Parte debe garantizar que el resultado de estas prácticas no tenga como finalidad ni efecto crear o perpetuar la discriminación racial*”¹⁵. (Subrayas fuera del texto original)

Otras instancias de la ONU han manifestado su preocupación por las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de las personas con base en su orientación sexual, su expresión de género o su identidad de género, y han reconocido que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad¹⁶. Más recientemente, los órganos de la ONU, las cortes nacionales y los gobiernos

¹³ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 2435, Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008. En: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6980.pdf>

¹⁴ Comité contra la Discriminación Racial, Recomendación General XX (48), aprobada en la 1147ª sesión, 8 de marzo de 1966, párr. 3. En: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/257/41/IMG/N9625741.pdf?OpenElement>

¹⁵ *Ibid*, párr. 5

¹⁶ Ver por ejemplo, Consejo Económico y Social, “Grupos e individuos específicos: las minorías”, Informe de la Experta independiente en cuestiones de las minorías, Gay McDougall, E/CN.4/2006/74, 6 de enero de 2006, párr. 28 (“*la Experta independiente reconoce que algunas personas que pertenecen a grupos minoritarios étnicos religiosos, lingüísticos o nacionales pueden sufrir múltiples formas de discriminación debido a otros factores como el género, la expresión e identidad del género, la orientación sexual, la discapacidad, la edad o el estado de salud*”). En: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/101/29/PDF/G0610129.pdf?OpenElement>; “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención”, Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Theo van Boven, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64, en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/173/30/PDF/G0317330.pdf?OpenElement>; “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención”, Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Sir Nigel Rodley, E/CN.4/2002/76, 27 de diciembre de 2001, p. 14, (*Desde hace unos años recibo información sobre algunos casos de víctimas de tortura y otros malos tratos pertenecientes a minorías sexuales, sometidas a menudo a actos de violencia de índole sexual, como violaciones o agresiones sexuales, y otros abusos, relacionados con su orientación o identidad sexuales reales o supuestas. La discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos. Además, debido a la actitud discriminatoria que existe con respecto a los que pertenecen a minorías sexuales, los organismos encargados de hacer cumplir la ley pueden considerar que son menos de fiar o que no tienen pleno derecho a un nivel igual de protección, incluso contra la violencia perpetrada por agentes no estatales*). En: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/165/03/PDF/G0116503.pdf?OpenElement>; Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156, párr. 18-19 (18. *El Relator Especial ha recibido información de que los que pertenecen a minorías sexuales son víctimas, entre otras cosas, de acosos, humillaciones e insultos verbales relacionados con su orientación o identidad sexuales reales o supuestas y de malos tratos físicos, incluso de violaciones y agresiones sexuales. El Relator Especial observa con preocupación que, según la información recibida, a los*

han empezado a referirse con mayor frecuencia a los Principios de Yogyakarta como herramienta guía de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género¹⁷.

El Sistema Interamericano, del cual hace parte Colombia, se ha pronunciado en diversas ocasiones en contra de la discriminación contra las personas homosexuales tanto a través de las decisiones y opiniones consultivas de la Corte Interamericana, como a través de las observaciones y consideraciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁸. Más recientemente, la

que violan a un hombre o a una mujer transexual originalmente del sexo masculino se les imputa muchas veces el delito de “agresión sexual”, que en algunos países acarrea penas más leves que el delito de violación, que es más grave. También se ha informado de casos en que se golpeó intencionalmente a mujeres transexuales originalmente del sexo masculino en los pechos y los pómulos realizados con injertos de silicona y, al reventar éstos como consecuencia de los golpes, soltaron sustancias tóxicas dentro de sus cuerpos. Se cree que se ha sometido también a malos tratos a las minorías sexuales, entre otras cosas para obligar a los trabajadores del sexo a irse de determinadas zonas —en las denominadas campañas “de limpieza social”— o para disuadir a los miembros de las minorías sexuales de reunirse en determinados lugares, como clubes y bares. 19. Aunque el Relator Especial no dispone de datos estadísticos pertinentes, parece ser que a los miembros de las minorías sexuales se les somete en una proporción excesiva a torturas y otros malos tratos porque no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo. De hecho, la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos. El Relator Especial observa además que los miembros de las minorías sexuales son un grupo especialmente vulnerable en lo que respecta a la tortura en diversos contextos y que su condición puede afectar también a las consecuencias de los malos tratos que reciban tanto en cuanto a sus posibilidades de presentar denuncias o recibir tratamiento médico en los hospitales públicos, en donde tal vez teman que se les siga victimizando, como en cuanto a las consecuencias jurídicas relativas a las sanciones legales derivadas de determinados abusos. El Relator Especial desea hacer hincapié en que, debido a su situación económica y educacional, supuestamente exacerbada muchas veces o causada por leyes y actitudes discriminatorias, se priva a los miembros de las minorías sexuales de los medios de reivindicar sus derechos y asegurar que se respeten, incluidos sus derechos a ser representados por abogados y a obtener una reparación legal, como por ejemplo, una indemnización) En:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/445/82/PDF/N0144582.pdf?OpenElement>; Consejo Económico y Social, Integración de los derechos humanos e las mujeres y la perspectiva de género, Informe de la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, Yakin Ertük, E/CN.4/2005/72/Add.1, 18 de marzo de 2005, párr. 232 (Solicitud urgente al gobierno de Kuwait en el caso de una mujer transsexual), en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/130/86/PDF/G0513086.pdf?OpenElement>

¹⁷ Los Principios de Yogyakarta son una serie de principios sobre cómo se aplica el derecho internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Los Principios ratifican estándares legales internacionales vinculantes que los Estados deben cumplir. Fueron adoptados por unanimidad por un grupo de expertos en derechos humanos en noviembre de 2006 en Yogyakarta, Indonesia. <http://www.yogyakartaprinciples.org/>

¹⁸ Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160 (sobre el principio de igualdad y no discriminación), Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Corte I.D.H., Serie A No.18, Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002 Corte IDH, Serie A No. 17, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Martha Lucía Álvarez Giraldo v. Colombia*, Informe 71/99, Caso 11.656, 4 de mayo de 1999, *Karen Atala e Hijas v Chile*, Informe No. 42/08, 23 de julio de 2008, Informe Anual 2006, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1 de 3 marzo 2007; Informe Anual 1999 OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3 de 13 abril 2000, Capítulo I; Informe Anual 2002, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, de 7 marzo 2003. En los informes de la situación de países, la Comisión se ha pronunciado en el mismo sentido: Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 abril 2001; tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser.L/VII.110, doc. 52, 9 marzo 2001, Informe Anual de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos 1998, OEA/SER.L/V/II.102 DOC. 6 REV., DE 16 ABRIL 1999, CAPÍTULO V; INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS

Asamblea General de la OEA aprobó la Resolución 2504 (XXXIX-O/09) sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género¹⁹, en la que nota con preocupación los actos de violencias y violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género e insta a los Estados a condenar tales actos, investigarlos y asegurar una protección adecuada a los defensores de derechos humanos que trabajan en el tema.

La protección que debe brindar el Estado no se limita a las violaciones cometidas por este o sus agentes. Los criterios sobre la responsabilidad del Estado han evolucionado considerablemente y hoy en día tenemos un conjunto de tratados, jurisprudencia e incluso fuentes secundarias que claramente ratifican la teoría de que dicha responsabilidad no sólo se genera cuando el Estado comete de forma directa una violación de derechos humanos, sino también cuando éste no protege de manera adecuada a las personas bajo su jurisdicción contra dichas violaciones²⁰.

Por lo tanto, los Estados están obligados a respetar, y proteger los derechos humanos. Esto implica que no sólo deben abstenerse de cometer violaciones de forma directa a través de sus agentes, sino que deben asegurar que no haya abusos por parte de personas privadas. Siendo el principio de no discriminación una norma de *ius cogens*, los Estados tienen la obligación de garantizar que no sea violada por actores no estatales. Sin embargo, los Estados no son responsables por todas las violaciones de derechos humanos cometidas por actores no estatales en su jurisdicción. Para determinar la responsabilidad estatal cuando las violaciones directas son cometidas por agentes no estatales, se acude al estándar de diligencia debida, el cual provee un marco de análisis para determinar las obligaciones mínimas que un Estado debe cumplir cuando se presentan dichas violaciones.

Actualmente se acepta que los Estados están obligados a responder apropiadamente a la conducta privada. Como afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez, *“el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”*²¹.

En el caso de la población transexual, como afirma Amnistía Internacional, *“la inacción del Estado puede manifestarse en diferentes áreas: medidas preventivas inadecuadas, indiferencia de la policía ante los abusos, prejuicios hacia las formas no heterosexuales de sexualidad en el sistema judicial, la no tipificación de ciertos abusos como delito, y lagunas legales que dificultan el procesamiento penal. La mayoría de los gays, lesbianas, bisexuales y transexuales víctimas de la violencia tienen dificultades para acceder a una reparación legal, cuando no les resulta imposible*

DERECHOS HUMANOS EN PANAMÁ, OEA/Ser.L/V/II.4, doc. 38, rev. 1, de 22 junio 1978, Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev. de 14 octubre 1993 (Capítulo VII); INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 2006, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1 de 3 marzo 2007.

¹⁹ OEA, AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009. En: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7231.pdf>

²⁰ Ver por ejemplo, *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (decisión del 29 de julio de 1988), Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C No. 4 (1988); ECOSOC, “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos” (agosto 26, 2003) UN Doc E/CN.4/Supp.2/2003/12/rev.2; P Alston (ed), *Non-State Actors and Human Rights* (OUP 2004)

²¹ Caso Velásquez Rodríguez (ser. C) núm. 4, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 172.

*su obtención. Impunidad e indiferencia es lo que habitualmente caracteriza los actos de violencia que se cometen contra estas personas*²².

Bajo el estándar de diligencia debida, el Estado colombiano tiene la responsabilidad de responder adecuadamente a los incidentes de discriminación cometidos contra personas transexuales por parte de actores no estatales.

a. Las recomendaciones de los órganos de los tratados de derechos humanos como guías de interpretación constitucional en Colombia

El artículo 93 de la Constitución Política establece que los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción y que han sido debidamente ratificados, prevalecen en el orden interno. La Corte Constitucional ha utilizado vigorosamente los tratados de derechos humanos para orientar sus decisiones y los reconoce como parte del bloque de constitucionalidad²³.

Adicionalmente, en virtud del inciso segundo del artículo 93 de la Carta, que dispone que los derechos y deberes consagrados en ésta deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, la Corte ha reconocido que la doctrina establecida por las instancias internacionales de derechos humanos opera como pauta normativa²⁴.

La Corte ha reconocido la necesidad de interpretar armónica y sistemáticamente los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y la Constitución y reconoce que la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos no se agota en el uso de los argumentos literales o gramaticales, y es necesario en esa medida acudir a criterios sistemáticos y teleológicos²⁵.

En la sentencia C-355 de 2006, la Corte reitera la relevancia de la jurisprudencia internacional y de los pronunciamientos de las instancias internacionales como pautas de interpretación de la normativa internacional:

“En efecto, de conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato, como se expuso en un acápite precedente de esta decisión, y sin duda la manera como dichos tratados han sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resulta relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones.

(. . .)

[L]a Corte Constitucional ha sostenido que ‘En virtud del artículo 93 de la C. P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre

²² Amnistía Internacional, “Crímenes de odio, conspiración de silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual”, op.cit. nota 4

²³ Ver, entre otras, las sentencias T-002/92, T-409/92, C-574/92, T-426/92 (que reconoce como derecho fundamental uno que no está expreso en la Constitución, utilizando como marco el artículo 93), C-225/95 (desarrollando el concepto de bloque de constitucionalidad), T-477/95, C-358/97 (desarrolla el concepto de bloque de constitucionalidad en estricto sentido y en sentido lato).

²⁴ Sentencia C-010/00. En este sentido, ver también C-406/96 y T-568/99.

²⁵ Sentencia C-028/06

*derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales*²⁶. *Postura reiterada en numerosas ocasiones*²⁷, que permite concluir, que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

Tanto en la sentencia C-355 de 2006 como en la sentencia C-200 de 2002, la Corte Constitucional sostuvo que las recomendaciones de los órganos de control de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia deben ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.

1.2. La protección contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho comparado

En Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), así como de la Corte Europea de Justicia dejan en claro que el derecho a la no discriminación y al trato igual se extiende a las personas transexuales. El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁸ dispone que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”. La jurisprudencia del TEDH ha determinado que la discriminación con base en la orientación sexual e identidad de género es inaceptable y es tan grave como la discriminación por raza, origen étnico, religión y sexo y cualquier diferenciación requiere una seria justificación²⁹.

El TEDH ha encontrado que las obligaciones bajo la Convención son tanto negativas como positivas y ha decretado el deber de los Estados de proteger a las personas transexuales en varios aspectos de su vida en sociedad, tales como el reconocimiento legal del cambio de sexo y la correspondiente modificación del registro civil de nacimiento³⁰, el derecho al matrimonio³¹ y la provisión de tratamiento quirúrgico para completar el proceso de reasignación de sexo³². De forma más general, el TEDH ha sostenido que los Estados deben respetar la libertad de las personas transexuales de definirse a sí mismas, como uno de los “*elementos más básicos de la auto determinación*”³³ y que “*siendo la esencia del Convenio Europeo el respeto por la dignidad humana y la libertad, debe protegerse el derecho de los transexuales a su desarrollo personal y a la seguridad física y moral*”³⁴. En la misma línea, la Corte Europea de Justicia ha concluido que la

²⁶ Sentencia C-010 de 2000.

²⁷ Sentencias C-067/03 y T-1391/01.

²⁸ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998)

²⁹ Ver, *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*, Ap. 31417/96;32377/96 [1999] ECHR 71 (27 de septiembre de 1999); *Smith y Grady c. Reino Unido*, Ap. 33985/96 [1999] ECHR 180 (27 de septiembre de 1999), *Salguiero da Silva Mouta c. Portugal*, 33290/96 [1999] ECHR 176 (21 de diciembre de 1999)

³⁰ *B. c. Francia*, 13343/87 [1992] ECHR 40 (25 de marzo de 1992)

³¹ *Christine Goodwin c. Reino Unido*, 28957/95 [2002] ECHR 588 (11 de julio de 2002). En el mismo sentido ver también *Re Kevin*, (2001) FamCA 1074 and (2001) FLC 93-087 de la Corte de Familia de Australia y *Re JG, JG v Pengarah Jabatan Pendaftaran Negara*, [2006] 1 MLJ 90, de Malasia

³² *L. c. Lituania*, 27527/03 [2007] ECHR 725 (11 de septiembre de 2007)

³³ *Van Kuck c. Alemania*, 35968/97 [2003] ECHR 285 (12 de junio de 2003)

³⁴ *Ibíd.*

discriminación que surja de la reasignación de sexo de una persona es considerada discriminación por sexo³⁵.

Otros tribunales nacionales han emitido decisiones protegiendo la identidad de género como parte esencial de la dignidad humana. En 2006, la Corte Suprema de Corea del Sur estableció que la dignidad humana de los transexuales estaba protegida por la Constitución.³⁶ En 2008, la Corte Suprema de Justicia de Nepal reconoció el derecho de las “personas con un tercer género, diferente al masculino o femenino” de ser protegidas en todos los ámbitos de su vida contra la discriminación y la violencia por identidad de género³⁷.

Una vez expuesto el marco jurídico de protección internacional en contra de la discriminación, es necesario analizar el contexto de discriminación de la población transgenerista existente en Colombia.

2. Contexto general de discriminación de la población transgenerista en Colombia

El caso denunciado por Valeria Hernández Franco no es un caso aislado y debe analizarse teniendo en cuenta el contexto de violaciones a derechos que enfrenta la población transgenerista. En Colombia, autoridades estatales y particulares asumen actitudes discriminatorias que ponen en riesgo el goce efectivo de los derechos de la población transgenerista. Esto se evidencia en: (a) la violencia por prejuicio; (b) los casos de abuso policial que vulneran derechos a la integridad y libertad personales y al debido proceso; (c) las violaciones a derechos de las personas recluidas en establecimientos carcelarios; y (d) el desconocimiento y vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales, entre otros.

a. Violencia por prejuicio

Entre los años 2006 a 2007, Colombia Diversa reportó la ocurrencia de al menos 67 homicidios perpetrados contra personas LGBT en el país, de los cuales 24 fueron contra personas transgeneristas. Como lo reportó Colombia Diversa, “*Estas muertes tienen en común un contexto de discriminación que abarca la violencia verbal y física de particulares hasta la que ejercen los miembros de la fuerza pública, y obedecen a un modelo institucionalizado de discriminación –tanto por acción como por omisión– de las entidades y funcionarios públicos*”³⁸. Así, la crítica situación de las transgeneristas cuyo estado de marginación sigue siendo muy severo, las convierte en las

³⁵ Ver, CEJ, Caso C-13/94, *P. c. S. y Consejo de la ciudad de Cornwall*, 30 de abril de 1996, ECR [1996] I-2143, ECJ, Case C-117/01, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, fallo del 7 de enero de 2004, ECJ, Case C-423/04, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, del 27 de abril de 2006. Para una explicación de los fallos, ver, Agencia Europea para los Derechos Humanos, *Fundamental Rights, Homophobia and Discrimination on the grounds of sexual orientation in the EU Member States, Part I Legal Analysis*, p.124

³⁶ Holning Lau, “Sexual Orientation and Gender Identity: American Law in Light of East Asian Developments,” citado en: “No vales un centavo”, op.cit. nota 4, nota 130.

³⁷ Corte Suprema de Justicia de Nepal, Caso No. 917, *Sociedad Blue Diamond v Oficina del Primer Ministro y el Consejo de Ministros et. al.*, 2 NJALJ (2008) 261-286, traducido al inglés por Yadav Pokhare. Citado en, Human Rights Watch, “No vales un centavo”, op.cit. nota 4, nota 131.

³⁸ Colombia Diversa, *Informe de Derechos Humanos de personas LGBT 2006-2007*, Bogotá, p. 13 <http://www.colombiadiversa.org/dmdocuments/Abuso%20policial.pdf>

víctimas más representativas de la violencia por prejuicio que se manifiesta de múltiples formas, como en: amenazas escritas o verbales, y agresiones físicas, intentos de homicidio y homicidios, que pueden presentarse en el hogar y en los espacios públicos o abiertos al público; y ser ejercida por ciudadanos comunes, individualmente o en grupo; o por la fuerza pública y los funcionarios públicos.

Aunque en muchas ciudades la población LGBT ocupa espacios específicos –espacios de rumba o de encuentro público –, los actos de agresión en su contra en algunos de estos demuestran que los ciudadanos se niegan a compartir esos espacios con personas que evidencien una orientación sexual o una identidad de género diversas. Esta marginación social se hace evidente cuando la población LGBT se ve obligada a crear lugares de encuentro y frecuentarlos en las noches para evitar represalias.

Esta situación de marginación social perpetúa el desconocimiento y el temor hacia quienes tienen un comportamiento diferente al del establecimiento heteronormativo, y fomenta la violencia física contra “los diferentes”. Así, cuando la comunidad LGBT intenta ganar nuevos espacios, cuando sale de su confinamiento forzoso y ocupa espacios que antes le eran socialmente vedados, se genera rechazo, el cual en ocasiones puede llegar a ser violento.

Las agresiones a las que se ve expuesta la población transgenerista son aún más evidentes. 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.

En este sentido resulta ilustrativa la sentencia T-268 de 2000 de la Corte Constitucional. En dicha oportunidad la Corte conoció la acción de tutela interpuesta en contra de la Alcaldía de Neiva por negarse a permitir la realización de un desfile con las candidatas al Reinado Nacional Gay. La Corte sostuvo en esa oportunidad:

“(…) la mera trascendencia social de la condición "gay" en sus diferentes manifestaciones, no puede ser considerada a priori como una razón válida para establecer mecanismos de discriminación e impedir con ello la expresión pública de la condición homosexual. En efecto, si bien se ha reconocido que la diversidad sexual involucra aspectos que pertenecen al fuero íntimo de las personas, ello en modo alguno indica que el único foro posible para la afirmación y manifestación de esa diversidad está restringido o limitado a un ámbito exclusivamente personal. Un discurso en ese sentido nos llevaría al absurdo de concluir, que la protección constitucional al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad que consagra la Carta, se circunscribe a espacios restringidos o ghettos, y que por fuera de ellos, existen unos criterios institucionalizados, morales y de comportamiento, impuestos por el Estado, que no pueden ser rebasados por los ciudadanos, ni aún como expresión de su identidad e individualidad. 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 y 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". Una posición semejante, indica claramente una discriminación directa a una de las facetas de la condición homosexual, ya que la pretensión de evitar su trascendencia social implica una inferencia automática de que tal condición o sus conductas, son contrarias de por sí a la sociedad, o atentatorias de los intereses colectivos”³⁹ (subrayado fuera del texto).

³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

La obligación de respetar el libre desarrollo de la personalidad de las personas que visibilizan su orientación sexual o su identidad de género en espacios públicos no sólo es una obligación de las autoridades públicas, sino que se extiende a todos los ciudadanos. Tampoco éstos pueden irrespetar los derechos constitucionales de las personas LGBT mediante manifestaciones homofóbicas violentas y atribuyéndose el derecho de decidir sobre lo que está permitido o no en los espacios públicos.

b. Casos de abuso policial en contra de la población transgenerista

Desde el año 2005, Colombia Diversa ha reportado la ocurrencia de hechos que constituyen abuso policial en contra de las personas LGBT, particularmente en contra de las travestis en ejercicio de la prostitución. Así, *“en los casos de detenciones y agresiones a travestis se ha detectado que a éstas, las conducen a lugares apartados de la ciudad, se han reportado casos de golpes en las prótesis, uso de arma de fuego en las agresiones físicas, instigamiento al abuso sexual y el forzarlas a hacer ciertos trabajos como forma de castigo”*⁴⁰.

La principal causa de los abusos policiales contra la población transgenerista es la confusión que tienen los miembros de la policía entre su propia concepción de moral y lo que estipula la Constitución. Cuando se trata de personas transgeneristas, muchas veces la aplicación de la ley es selectiva: se presume que esta población comete delitos o atenta contra lo que los policías consideran la “moral pública”. Así, los agentes de policía involucrados en abusos policiales anteponen sus prejuicios a los derechos de la ciudadanía y en este sentido, actúan convencidos de que están cumpliendo un deber legal y no creen estar abusando de su poder.

De hecho, ante los constantes casos de abuso policial en contra de mujeres transgeneristas en la ciudad de Cali, el Director General de la Policía Nacional se vio obligado a emitir la Directiva Transitoria 058 de 2009 y la Directiva 006 de 2010 para promover el respeto y la garantía de los derechos de la población LGBT al interior de la Policía. Aunque dichas Directivas aún no han arrojado resultados concretos, constituyen un avance en el reconocimiento de la problemática en aras de encontrar mecanismos que la prevengan.

A pesar de ello, la conducta abusiva y prejuiciada que asumen algunos miembros de la Policía se ve magnificada por la actitud de la comunidad en general: en muchas ocasiones los casos de abuso policial en contra de la población transgenerista se dan en contextos en los que vecinos de los sectores donde se concentra esta población presionan a la Policía para que aplique medidas represivas. Así, muchos de los abusos policiales se originan en el ejercicio de un control ilegítimo del espacio público, bajo la excusa de salvaguardar “la moralidad pública”, y se concretan en detenciones arbitrarias, agresiones físicas, insultos discriminatorios, hostigamientos y, en general, en un comportamiento policial discriminatorio e ilegal.

De esta forma, los prejuicios de la comunidad en general y de los miembros de la Policía se retroalimentan generando un clima de discriminación que pone en un mayor riesgo el ejercicio legítimo de los derechos de la población transgenerista y que en ocasiones se concreta en violaciones graves a sus derechos.

⁴⁰ Colombia Diversa, *Informe de Derechos Humanos de personas LGBT 2006-2007*, Bogotá, p. 61 <http://www.colombiadiversa.org/dmdocuments/Abuso%20policial.pdf>

c. Situación carcelaria de la población transgenerista

La cárcel colombiana es un lugar en el que ocurren múltiples violaciones de derechos humanos, y es además un entorno que exacerba los prejuicios homofóbicos y sexistas que existen fuera del escenario carcelario. Las personas LGBT que se encuentran recluidas en cárceles reúnen unas necesidades particulares, propias de su doble estado de vulnerabilidad: son integrantes de la población carcelaria, y al mismo tiempo hacen parte de una minoría históricamente discriminada.

Según esta Corte Constitucional, existe “[...] un contenido mínimo de las obligaciones estatales frente a las personas privadas de la libertad que es de imperativo cumplimiento, independientemente de la gravedad de la conducta por la cual se ha privado a la persona de la libertad, y del nivel de desarrollo socioeconómico del Estado”⁴¹. Entre estos deberes del Estado se incluye su obligación de no realizar actos discriminatorios en las cárceles, y de tomar medidas tendientes a evitar la discriminación y la violencia por cualquier motivo, especialmente en relación con sujetos de alta vulnerabilidad social en estos establecimientos como lo son las personas LGBT.

Los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, por su parte, han aclarado que tomar medidas a favor de ciertos grupos para proteger de forma efectiva sus derechos no constituye un acto discriminatorio. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, señala que “*bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su [...] orientación sexual, o cualquiera otra condición social*”. Y agrega: “*No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de [...] las minorías*”⁴².

Ahora bien, la identidad y los derechos de las travestis son incompatibles con los reglamentos y las prácticas penitenciarias: su identidad es arbitrariamente restringida una vez ingresan a la cárcel y durante su permanencia. Según los reportes de la Fundación Santamaría de Cali, cuando las travestis ingresan a la prisión son maltratadas, les cortan el pelo y las despojan de sus prendas femeninas: “*les aniquilan su personalidad completamente, desde el estereotipo hasta lo más interno que ellas tengan; [...] cuando ellas tienen un artículo femenino, se ganan un castigo del guardia*”⁴³. Esta situación se agrava porque no sólo los agentes estatales vulneran sus derechos; lo hacen también los otros internos. En los establecimientos carcelarios, así como frente al abuso y la violencia policial, las travestis son las personas más vulnerables a las violaciones de derechos humanos.

Así, las travestis sufren dos tipos de violaciones de sus derechos humanos en los establecimientos carcelarios: el primero tiene que ver con la destrucción de su identidad, con la restricción ilegal de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y con el trato denigrante al que las someten las autoridades penitenciarias durante las requisas; el segundo se relaciona con las agresiones verbales y físicas, y con los hostigamientos sexuales de otros reclusos.

La privación de la libertad, entonces, no implica la suspensión de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad, y su restricción sólo es posible, según la jurisprudencia

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-851 del 2004. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución 1/08, Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, Principio II, 13 de marzo del 2008.

⁴³ Entrevista de Colombia Diversa con Pedro Julio Pardo y Valentina Riascos, de la Fundación Santamaría. Cali, 28 de agosto del 2007.

constitucional, si la medida es estrictamente necesaria para el cumplimiento de los fines de resocialización, y además debe ser proporcional, es decir, no debe afectar de modo irrazonable otros derechos.

Las autoridades penitenciarias aseguran que el corte de pelo de las travestis y la imposibilidad de que vistan prendas acordes con su identidad son medidas necesarias para mantener la disciplina y la seguridad en las cárceles. No está claro cómo la medida puede preservar la seguridad y la disciplina: las autoridades penitenciarias no han explicado nunca, para empezar, cómo la identidad travesti afecta esa seguridad y esa disciplina.

Estas medidas son, en lo que a los derechos de las travestis recluidas en las cárceles se refiere, desproporcionadas. Las personas privadas de la libertad tienen derecho a adoptar y a mantener una identidad personal, a expresar su individualidad y sexualidad, a un nombre, a la intimidad, y a una forma de vestir acorde con su identidad cultural⁴⁴. En cuanto a las travestis, el pelo y el vestido tienen una relación directa con su identidad de género, son parte integral de su construcción social y sexual. Así las cosas, forzarlas a cortarse el pelo y a vestirse como hombres viola su proyecto de vida y afecta el núcleo esencial de sus derechos⁴⁵.

d. Derechos económicos, sociales y culturales

El prejuicio, primero en las familias, luego en el colegio y más tarde en el trabajo, así como la violencia permanente, inciden directamente en la posibilidad real de que las mujeres transgeneristas ejerzan sus derechos económicos, sociales y culturales. A continuación se describirán los problemas que enfrenta la población transgenerista para ejercer sus derechos al trabajo y a la salud en un contexto de violencia por prejuicio en contra de esta población.

i. Derecho a la salud

El derecho a la salud de las travestis tiene el mismo contexto que el de los colombianos de escasos recursos. En este sentido, la calidad en la prestación de servicios de salud para afiliados por el régimen subsidiado⁴⁶ o que son vinculados⁴⁷ se restringe a los servicios básicos que cubre el Estado. De tal forma, las necesidades que no estén incluidas en los planes de salud básicos son suntuarias, y entre éstas se encuentran algunas necesidades particulares de la población transgenerista.

La Fundación Santamaría en Cali ha señalado que “*aproximadamente el 48% de ellas no tiene seguridad social en salud*”⁴⁸. Algunas de ellas cuentan con capacidad de pago y hacen un aporte

⁴⁴ Ver: Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y defensa, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2006.

⁴⁵ La Corte Constitucional sostiene que se viola el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad “*cuando la medida se traduce en una prohibición de un determinado proyecto de realización personal y de una opción vital, aun cuando ella sea riesgosa para intereses que la propia Constitución considera valiosos como la vida o la salud*”. Ver Corte Constitucional, Sentencia SU-642 de 1998. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes.

⁴⁶ Régimen cuyos recursos son aportados por el gobierno y manejados por las administradoras del régimen subsidiado (ARS). Ver, <http://www.onusida.org.co/servicios.htm>.

⁴⁷ El Estado es responsable directo de la prestación de los servicios de salud a estas personas hasta cuando se consiga el 100% de cobertura a través de los regímenes contributivo y subsidiado. *Ibid.*

⁴⁸ Este dato se conoció gracias al trabajo que esta Fundación realizó para promover la afiliación de las travestis al sistema de salud. Información suministrada por la Fundación Santamaría LGBT. Enero del 2008.

integral de salud y pensiones con la PILA. Cuando no aportan, en teoría estarían cubiertas por el régimen subsidiado o vinculado; pero la práctica muestra una realidad diferente.

Específicamente la aplicación de inyecciones de aceite para moldear sus cuerpos es una situación conexas con vulneraciones al acceso al trabajo y a la educación para dicha población. Entre los años de 2006 y 2007, Colombia Diversa conoció varios casos de complicaciones e incluso de muertes de travestis por inyectarse sustancias extrañas en su cuerpo con el fin de lograr un aspecto más acorde a su identidad. Dicha situación ha persistido con denuncias de casos similares en 2008 y 2009. Algunos medios de comunicación han continuado estigmatizando el tema, relacionándolo con el espectáculo y la vanidad “connatural” a las mujeres transgeneristas. Así, la opinión pública recibe una perspectiva prejuiciada del problema, alejada de un enfoque de derechos humanos.

La inyección de sustancias insalubres en condiciones antihigiénicas para moldear el cuerpo, más allá de un tema de vanidad o falta de cuidado, es un tema en el que juegan otros factores, como la ausencia de trabajo por razones de discriminación para dicha población y el eventual ejercicio de la prostitución. Este tipo de implantes responden en muchos casos a una imposición económica: se trata de su medio de sustento. Para las mujeres transgeneristas de escasos recursos, por otra parte, ha sido también una forma de construir su identidad, de lograr una correspondencia entre su identidad como individuo y su cuerpo.

Además de los implantes practicados por personas no profesionales, las mujeres transgeneristas recurren al uso de medicamentos para alterar las características físicas de su cuerpo –la voz y la producción de vello, por ejemplo–. Las limitaciones que imponen las entidades prestadoras de salud las obliga a recurrir a prácticas que ponen en riesgo su salud y su vida.

Por otra parte, situaciones propias de la población travesti, como llamarse con un nombre diferente al que fueron registradas, no tener documento de identidad, moverse entre diferentes ciudades –en el caso de las que ejercen la prostitución–, las excluye de plano del sistema de salud porque simplemente no son registradas.

Otra situación preocupante es que, al parecer, la identidad de género pesa como un estigma para las mujeres transgeneristas: el acceso al sistema de salud es discriminatorio con esta población; las asume indistintamente como hombres vestidos de mujer. Esta perspectiva, que atenta contra sus derechos y necesidades, se agrava con la presencia del VIH/Sida, pues el temor y el prejuicio hacia una población históricamente asociada a esta enfermedad se exacerban.

ii. El derecho al trabajo

La ya difícil situación laboral del país redobla las dificultades de los trabajadores LGBT en Colombia: so pena de perder su empleo deben soportar toda suerte de expresiones de discriminación. Dada la imposibilidad de mimetizarse entre la población heterosexual, la situación de las mujeres transgeneristas es especialmente difícil. Camuflarse puede ser, paradójicamente, una forma de protección, como lo es también en el caso de lesbianas, gays y bisexuales, que están en capacidad de ocultar su orientación como una condición para gozar de sus derechos plenamente.

La situación laboral de las mujeres transgeneristas es todavía más cruda: aun cuando no hayan tenido que sortear en el ámbito familiar y educativo toda clase de obstáculos a causa del prejuicio, y hayan obtenido niveles educativos que las califiquen lo suficientemente bien como para acceder a un empleo digno, les resulta imposible conseguir un trabajo que no les exija renunciar a su

identidad de género. En los casos más desafortunados, que son los más, la única opción que les resta es ejercer la prostitución.

La relación entre discriminación, violencia y falta de fuentes de trabajo para las mujeres transgeneristas es muy estrecha. Los estereotipos que las asocian con la delincuencia llevan a que a muchas de ellas se les cierren puertas en la búsqueda de empleo. De igual forma, los roles tradicionales de hombre y mujer les dejan a las mujeres transgeneristas aparentemente dos opciones: asumir su sexo biológico y trabajar, o transgredirlo y ser excluidas laboralmente

La falta de garantías y oportunidades para que las mujeres transgeneristas puedan trabajar sin tener que renunciar a la construcción de su identidad las limita al ejercicio de ciertos oficios: la peluquería, espectáculos artísticos en bares LGBT y la prostitución.

Lo expuesto evidencia que la existencia de un contexto de discriminación de la población transgenerista en Colombia pone en riesgo el ejercicio efectivo de sus derechos. El caso que hoy corresponde estudiar a la Corte debe ser analizado en ese marco, teniendo en cuenta especialmente el estado de vulnerabilidad de esta población, así como los estándares probatorios que deben aplicarse en casos de discriminación, los cuales entran a exponerse a continuación.

3. Estándares probatorios en casos de discriminación

La naturaleza de este caso suscita una reflexión necesaria acerca de los estándares probatorios que deben ser tenidos en cuenta por las autoridades judiciales cuando se enfrentan a situaciones en las que se alega la existencia de un trato discriminatorio basado en un criterio sospechoso. Aunque ya la Corte Constitucional se ha referido a tales estándares en casos de discriminación racial y de género⁴⁹, no existe hasta el momento un pronunciamiento específico en lo que respecta a casos de discriminación por orientación sexual o identidad de género. De otra parte, la manera en que fue instruido el proceso por los jueces de tutela de primera y segunda instancia evidencia claras falencias en lo que respecta a la asimilación de tales estándares, razón por la cual es imperioso que la Corte llame la atención al respecto y concrete dichos criterios en casos en los que, como el presente, se alega un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual o la identidad de género.

La prueba es usualmente una barrera infranqueable para quienes litigan casos de discriminación ante instancias judiciales. Ello debido a que en la actualidad las prácticas discriminatorias no son manifiestas sino sutiles. Frente al avance legal que ha definido la discriminación como una grave violación de derechos humanos y, en el caso colombiano, como una vulneración grave a principios constitucionales, aquellos que practican actos discriminatorios se esfuerzan de gran manera para mimetizar dichos actos y, en todo caso, para negarlos cuando son confrontados. Es muy extraño encontrar un perpetrador que acepte que ha cometido una discriminación. Por el contrario, los perpetradores son, en general, muy hábiles para no dejar rastros de su actuación. Probar la intención discriminatoria es prácticamente imposible.

Esta situación ha sido explicada de manera muy coherente por el profesor de la Universidad de Yale, Kenji Yoshino, en su libro *“Covering: The Hidden Assault on Our Civil Rights”*

⁴⁹Ver: sentencias T-1090 de 2005, T-131 de 2006 y T-247 de 2010.

(Cubriéndose: el ataque escondido a nuestros derechos civiles)⁵⁰. En esta investigación, el Profesor Yoshino expone que en décadas recientes la discriminación ha sobrevivido a un cambio generacional. Mientras en el pasado la discriminación era abierta y destinada a producir la segregación total de grupos poblaciones como las minorías raciales, las mujeres, los homosexuales, y otros; con el triunfo del movimiento de derechos civiles en los Estados Unidos (y de derechos humanos, en el mundo), esta discriminación general y evidente ha desaparecido. Ahora, subsisten prácticas que Yoshino llama “nuevas formas de discriminación”, formas menos perceptibles, que se mimetizan mejor en la cotidianeidad y son, por ello, muy difíciles de notar y de probar.

Según Yoshino, estas formas de discriminación no van dirigidas a la totalidad del grupo, sino más bien a aquellos miembros de este que se resisten a esconder o a asimilar las normas de conducta del grupo dominante⁵¹. Yoshino agrega que, debido al grado de sofisticación de estas prácticas, en su mayoría estas quedan impunes.

Por estas razones consideramos que dado el trascendental valor constitucional que posee en nuestro ordenamiento la erradicación de la discriminación por orientación sexual e identidad de género, el juez de tutela está llamado a atender las particulares dificultades probatorias de los casos de discriminación y a aplicar estándares probatorios que faciliten el acceso a la justicia de las víctimas de estos hechos. En el mismo sentido, la discriminación por orientación sexual e identidad de género es una práctica bastante generalizada que resulta aún más arraigada tratándose de los transgeneristas y transexuales. Esto sugiere la existencia de un patrón cultural, lo cual hace necesario aceptar el uso de estándares especiales para promover el acceso a la justicia de quienes se ven afectados por este patrón.

En lo que resulta pertinente para el caso concreto, existe por lo menos un estándar probatorio en materia de discriminación que ha sido claramente reconocido por la jurisprudencia de la Corte, pero que fue ignorado completamente por los jueces de instancia. Se trata del estándar de inversión de la carga de la prueba que sustituye el estándar usual según el cual quien alega el hecho está obligado a probarlo.

Durante décadas, distintas jurisdicciones, tanto nacionales como internacionales, han adoptado variaciones de las reglas clásicas de carga de la prueba en casos de discriminación. Un modelo muy usado es el test elaborado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Douglas Corp. v. Green*⁵², conocido como el *McDonnell Douglas Test*. Dicho test fue inicialmente construido por la Corte Suprema para valorar casos de discriminación en el empleo, pero hoy día se ha reformulado para estudiar casos de presunta discriminación en el acceso a lugares públicos.

Así, en dicho modelo, en aras de establecer un caso *prima facie* de discriminación en un lugar abierto al público, el accionante debe probar lo siguiente: (1) que es miembro de un grupo

⁵⁰ Cfr. Kenji Yoshiro, *Covering: The Hidden Assault on Our Civil Rights*, Random House Publishing Group, 2007.

⁵¹ Un ejemplo de estas nuevas formas de discriminación presentado por Yoshiro es el siguiente: la prohibición de algunos trabajos de que sus empleadas usen trenzas en el lugar de trabajo. Si bien, esta regulación parecería neutral pues no estaría basada en una condición inmutable de persona alguna, Yoshiro expone que esta norma ha sido implementada específicamente para limitar la expresiones culturales de personas afrodescendientes quienes son las que que usan este tipo de peinados. Así, la norma tiene dos funciones. De un lado, inhibe a las personas de este grupo que no están dispuestas a renunciar a su identidad a no presentarse a estos trabajos. Por el otro, la norma tiene el efecto de “blanquear” el comportamiento de los afrodescendientes que opten por aceptar el empleo. Cfr. Kenji Yoshiro, *Covering: The Hidden Assault on Our Civil Rights*, Random House Publishing Group, 2007.

⁵² U.S. Supreme Court, 411 U.S. 793 (1973).

protegido; (2) que sufrió un daño, que para el caso corresponde a la negativa al acceso a un lugar o servicio; (3) que la negativa en el acceso al lugar o servicio se basó en el hecho de pertenecer al grupo protegido; y (4) que fue tratado, en una situación similar, de manera diferente a personas no pertenecientes a este grupo. El siguiente paso en el modelo probatorio propuesto se asigna a la parte demandada, pues una vez establecido un caso *prima facie* de discriminación, será su responsabilidad probar que las razones por las cuales se les ha negado el acceso son legítimas y no discriminatorias.

De acuerdo con el citado *McDonnell Douglas Test*, una vez los peticionarios prueban que los hechos podrían constituir un caso *prima facie* de discriminación, la carga de la prueba se traslada al demandado. Como se observa, este modelo no implica un desplazamiento total de la carga de la prueba sobre el demandado, pues en primer término es requerido que quien demanda pruebe que los hechos se enmarcan dentro de un caso *prima facie*.

De otra parte, en relación con el tratamiento diferencial entre hombres y mujeres en el trabajo, la Corte de Justicia de la Comunidad Europea estableció que si una mujer puede demostrar que un grupo significativo de mujeres está en promedio peor pagado que un grupo de hombres que desarrollan las mismas funciones, la responsabilidad de demostrar que la diferencia no está basada en consideraciones de género le corresponde al empleador⁵³. Del mismo modo, la preocupación por buscar medidas que faciliten el acceso a la justicia de víctimas de discriminación en Europa llevó a que la Unión Europea aprobara dos importantes resoluciones: las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. Estas directivas dictan disposiciones para regular la carga de la prueba en materias que se refieran a la aplicación del principio de igualdad en lo relativo al origen racial y étnico en materias como el empleo y la ocupación⁵⁴.

La Corte Constitucional no ha sido ajena a esa dinámica de generar mecanismos para remover los obstáculos que dificultan el acceso a un recurso judicial efectivo de las personas que pertenecen a grupos históricamente segregados y que son víctimas de discriminación. Así, la Corte también ha adoptado un test en diversos casos en los que se han alegado actos de discriminación por razones políticas, raciales y de género, señalando los pasos que debe cumplir el demandante en tutela para sentar una presunción que luego deberá ser desvirtuada por el demandado para demostrar que la discriminación no se ha producido.

En un caso relativo a una presunta discriminación antisindical⁵⁵, la Corte señaló que para demostrar la discriminación los demandantes debían establecer: (i) que eran miembros de una clase protegida (en este caso un sindicato); (ii) que habían sufrido un daño objeto de un trato diferenciado; y (iii) que otras personas fuera de esta clase habían recibido el beneficio reclamado (en este caso personas no sindicalizadas). Una vez este marco fáctico sea demostrado ante el juez de tutela, se genera una presunción que debe ser desvirtuada por el demandante. En palabras de la Corte: “*en el caso subjudice, el trabajador aportó los elementos de juicio suficientes para establecer una razonable sospecha de trato discriminatorio, lo cual determinó una inversión de la carga de la prueba en*

⁵³ Ver: CJEC, Junio 30 de 1988, *Commission v. France*; CJEC, 17 de octubre de 1989, *Case C-109/88, Danfoss* (1989).

⁵⁴ Los artículos 8 de la directiva 2000/43/CE y 10 de la Directiva 2000/78/CE establecen:

“1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-230 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

contra del empresario”. Toda vez que en el caso en comento la parte demandada no logró desvirtuar dicha situación, la Corte encontró probada la discriminación.

Recientemente, en un pronunciamiento de tutela en el que la accionante alegaba que había sido víctima de un trato discriminatorio al no ser contratada para un cargo de vigilante por ser mujer, la Corte expresó con claridad los estándares probatorios que han de seguirse en este tipo de casos. Resaltó que en aquellos casos en los cuales la discriminación no proviene de una norma, sino de un hecho, el debate probatorio se concentra en la motivación que dio lugar al trato desigual. El hecho de que el objeto de prueba sea el motivo de un acto y no el acto en sí, hace que probar la discriminación sea muy difícil. Por esta razón, y considerando además que las víctimas de discriminación, cuando esta se basa en categorías sospechosas, hacen parte de poblaciones vulnerables merecedoras de un trato especial por parte de las autoridades, en estos casos opera la inversión de la carga de la prueba. En palabras de la Corte:

“en los eventos de presunta discriminación resultaría inequitativo y contrario al derecho de acceso a la justicia que la carga probatoria recayera exclusivamente sobre la persona que alega ser víctima de dicha discriminación, por cuanto es casi imposible probar elementos intencionales por parte de quien realizó la acción presuntamente discriminatoria. En estas oportunidades la protección material del derecho obliga a otorgar un papel especial a los indicios que surjan de lo recaudado en el expediente y, como antes se indicó, colocan una carga probatoria especial en el acusado, pues estará obligado a demostrar que su conducta es claramente garantista del derecho de igualdad y, por consiguiente, se aleja por completo de cualquier parámetro que se considere discriminatorio para los sujetos directamente afectados”⁵⁶.

Consideramos que el referido estándar probatorio tiene plena aplicación en el presente caso, en el que precisamente se alega la existencia de un trato discriminatorio basado en una categoría sospechosa como lo es la orientación sexual y la identidad de género. La accionante aduce que en dos oportunidades se le negó la entrada al piso 30 del Hotel Tequendama por ser transgenerista. Ahora bien, estando fuera de discusión la procedencia en este caso del estándar ya fijado por la Corte para casos de discriminación, la cuestión se contrae a determinar cuáles son los efectos que este tiene para la valoración del caso concreto.

Siguiendo el precedente constitucional, es claro que se dan los elementos para advertir que estamos ante un caso *prima facie* de discriminación. En efecto, no son controvertidas dentro del proceso las afirmaciones de la accionante en el sentido de que es transgenerista y de que, pese a haber adquirido las boletas para ingresar a los eventos que se realizaron los días 25 de julio y 4 de septiembre de 2009 en el piso 30 del Hotel Tequendama, no le fue permitido el ingreso. En relación con la condición de transgenerista de Valeria Hernández, los accionados se limitan a indicar que esta no les consta, pero tampoco la niegan.

Además de lo afirmado por la accionante, las denuncias interpuestas ante la Personería Municipal, así como el informe rendido por esta misma en el proceso de tutela, prueban que Valeria hace parte de un grupo históricamente discriminado y marginalizado y que fue víctima de un trato desigual respecto de las personas que no ostentan la condición de transgenerista y que pudieron entrar a los dos eventos. A esto se suma el hecho de que en el evento del 4 de septiembre, al cual Valeria fue acompañada por dos amigos, al único de los tres a quien no se le negó el ingreso fue al que no era transgenerista. De estos elementos surge pues la presunción de que dicho trato desigual se fundó en la identidad de género de Valeria. Así las cosas, correspondía a los accionantes desvirtuar la

⁵⁶Corte Constitucional, sentencia T-247 de 2010, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

presunción, demostrando que fueron legítimas las razones por las cuales se le impidió el ingreso a los eventos.

Sin embargo, el razonamiento del juez de primera instancia se funda en el estándar probatorio opuesto, a saber, que es a la accionante a quien le corresponde probar la discriminación. En efecto, el juez negó el amparo al considerar que no existía ninguna evidencia de que a Valeria se le negó el ingreso al evento en razón de su personalidad o su condición sexual. Aparte de que tal afirmación no se sustenta en ningún análisis probatorio –de hecho ni siquiera se mencionan las pruebas que existen en el proceso–, la misma constituye por sí sola un ejemplo de una práctica judicial que niega a las víctimas de discriminación el acceso a un recurso judicial efectivo. De conformidad con los estándares probatorios en materia de discriminación, la negación de la protección constitucional en este caso únicamente sería válida si existiera evidencia suficiente que demuestre que el trato desigual no se fundó en la condición de transgenerista de la accionante y no, como sucede en el fallo de primera instancia, bajo la idea de que no existe evidencia del móvil discriminatorio. Como ya lo advertimos, existen elementos contundentes para sostener que en este caso dicho móvil se presume y por eso no requiere probarse.

Es oportuno resaltar además que la alegada ausencia de evidencia probatoria es imputable también al juez, en cuanto no decretó ninguna prueba para obtener más elementos de juicio, conducta que es aún más reprochable si se tiene en cuenta que tanto la accionante como los accionados solicitaron la recepción de varios testimonios.

El juez de segunda instancia confirmó el fallo, pero a diferencia del *a quo* sí hizo referencia a las pruebas existentes y las valoró. Sin embargo, estimamos que su análisis no se ajusta al estándar probatorio en asuntos de discriminación. Considerando que en estos casos de lo que se trata es de desvirtuar una presunción, las pruebas deben ser sometidas a un escrutinio riguroso, máxime cuando, como sucede en el presente caso, los únicos medios probatorios para desvirtuarla son las declaraciones realizadas por los accionados en sus respuestas a la acción de tutela.

Así, respecto al evento del 25 de julio, la accionada indica que a Valeria Hernández se le negó el ingreso al evento porque desde que llegó a las instalaciones mostró *“una actitud agresiva y descortés... ya que la entrada estaba algo congestionada y la fila era un poco larga”*. Indica además que no quiso respetar la fila y que agredió a las personas de seguridad y que por estas razones el jefe de seguridad del evento informó a la persona responsable del ingreso que no era conveniente dejarla ingresar. Concluye señalando que cuando se le negó el ingreso, la accionante agredió física y verbalmente a una de las empleadas del evento.

Por su parte, en relación con el evento del 4 de septiembre, el accionado señala que se negó el ingreso porque el personal de seguridad advirtió que la accionada *“se encontraba en un estado de alteración ya que desde que llegó presentó una actitud retardadora y sumamente agresiva frente al personal”* y porque se mostró más agresiva cuando se le solicitó someterse a la verificación a la que son sometidos todos los clientes. Sugiere además que la accionada se encontraba *“aparentemente bajo la influencia de alguna sustancia”*

A pesar de que no existen otros medios probatorios que respalden lo afirmado por los accionados, el juez de segunda instancia le dio plena credibilidad a sus versiones. Según el juez, estas versiones son *“detalladas y coincidentes a pesar de haber patrocinado eventos diferentes”* y concluye que es razonable que en virtud del comportamiento agresivo se le haya negado el ingreso, decisión esta que no implica una discriminación en razón de su orientación sexual.

Estimamos que en este tipo de situaciones en las cuales existen pocas pruebas que permitan alcanzar un grado de certeza suficiente respecto de la situación fáctica que se controvierte, es importante que los jueces de tutela hagan uso de sus poderes oficiosos para recabar mayores elementos de convicción. Pero como en el presente caso los jueces de instancia no practicaron ninguna prueba, las versiones de los accionados, que son las únicas pruebas tendientes a desvirtuar la presunción de discriminación, deben someterse a un examen metódico.

A nuestro juicio las afirmaciones de los accionados resultan insuficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, no sólo porque no existen otras pruebas que respalden la idea de que la accionante se comportó de manera agresiva desde su llegada a los dos eventos, sino porque tales versiones en sí mismas, vistas a partir de la crítica del testimonio, no son detalladas y precisas, a diferencia de lo sostenido por el juez de segunda instancia.

Así, en relación con el evento del 25 de julio, no se presenta un relato que describa en qué consistía la actitud agresiva y descortés de la accionante. Tal afirmación tan general en relación con el comportamiento de la accionante genera muchas dudas en relación con la justificación ofrecida, pues no le ofrece al juez elementos de juicio suficientes para determinar si la actitud de la ciudadana fue realmente agresiva y descortés. Lo que un juez debe examinar en un testimonio son las descripciones fácticas que el mismo contenga y no los juicios de valor que el declarante presente en relación con los hechos. Ahora bien, la calificación de una conducta como agresiva y descortés es un juicio de valor, no una descripción fáctica. Nunca se indica si la accionante insultó a los asistentes, si empujó a quienes estaban haciendo la fila, si gritó o si simplemente se quejó de la congestión para ingresar al evento. Se refiere que durante la fila agredió a uno de los empleados de seguridad, pero nunca se explica en qué consistió tal agresión. En este sentido, al no ofrecer una descripción detallada de los hechos, sino un simple juicio de valor sobre la actitud de la accionada, el testimonio poco aporta para el esclarecimiento de los hechos. También genera dudas el hecho de que si el comportamiento agresivo de la accionada durante la fila fue de tal entidad como para permitirle el ingreso, no hubiera sido advertida antes del ingreso de que si no se calmaba no podría entrar, o no hubiera sido sacada de la fila antes de llegar a la puerta de ingreso para evitar así el desorden que se supone estaría causando en la fila una persona violenta y alterada.

Lo mismo sucede con la versión acerca del evento del 4 de septiembre, en el que vagamente se indica que la accionante llegó en una actitud retadora y agresiva, y se sugiere además que estaba en un estado de alteración mental ocasionado al parecer bajo el efecto de alguna sustancia. Nunca se describe en qué consistía tal actitud, ni tampoco se refieren los signos del supuesto estado de alteración mental, razón por la cual esta versión no aporta mayores elementos para reconstruir los hechos.

De acuerdo con lo anterior, estimamos que la presunción de discriminación que debe operar en este caso no alcanza a ser desvirtuada con las afirmaciones generales y valorativas expuestas por los dos accionados. Y dado que en casos como el presente, el estándar probatorio no impone probar el trato discriminatorio, sino desvirtuar la presunción de discriminación, consideramos que con los elementos de juicio existentes en el proceso, lo procedente es conceder el amparo solicitado por la ciudadana Valeria Hernández.

4. Conclusión y pretensión

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, consideramos que la Corte Constitucional debe tutelar los derechos a la igualdad (art.13 C.N.) y al libre desarrollo de la personalidad de Valeria Hernández Franco.

Atentamente,

MARCELA SÁNCHEZ BUITRAGO
c.c. 51.987.541 de Bogotá
Directora Ejecutiva
Colombia Diversa

CATALINA LLERAS CRUZ
c.c. 29.116.668 de Cali
Abogada
Colombia Diversa

RODRIGO UPRIMNY YEPES
c.c. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios DeJuSticia

LUZ MARÍA SÁNCHEZ DUQUE
c.c. 30.233.501 de Manizales
Investigadora asistente
Centro de Estudios DeJuSticia

ANDREA PARRA FONSECA
c.c. 52'257.961 de Bogotá
Abogada
Women's Link Worldwide