

Referencia: Expediente T- 5.751.966

Acción de tutela promovida por Byron David Gutiérrez Pájaro y Rafael Enrique Salgado Pinedo, mediante apoderado judicial contra la Sociedad Portales Urbanos S.A, el centro comercial Portal del Prado P.H. y la empresa Vigilancia del Caribe Ltda. –VIDELCA LTDA-.

Procedencia: Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla.

Asunto: Vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual diversa.

Magistrada Sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Aquiles Arrieta Gómez (E) y Jorge Iván Palacio Palacio y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las providencias dictadas el cinco (5) de febrero de 2016, por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Barranquilla; y, el dieciocho (18) de abril de 2016, por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla, dentro del expediente de tutela 5.751.966, promovida por Byron David Gutiérrez Pájaro y Rafael Enrique Salgado Pinedo contra la Sociedad



Portales Urbanos S.A, el centro comercial Portal del Prado P.H. y la empresa Vigilancia del Caribe Ltda. –VIDELCA LTDA-.

El expediente fue remitido a esta Corporación mediante oficio número 0705 del veintiséis (26) de mayo de 2016, por el Secretario del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla, en cumplimiento de los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Novena de Selección de la Corte Constitucional, mediante auto del veintisiete (27) de septiembre de 2016, resolvió seleccionar para su revisión el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Los actores formularon acción de tutela contra las personas jurídicas accionadas, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación por su condición sexual, generada por la reconvención y expulsión del centro comercial Portal del Prado P.H., realizada por un guarda de seguridad de la empresa de vigilancia demandada, debido a que supuestamente se encontraban realizando manifestaciones de afecto como pareja y por su orientación sexual diversa.

Los accionantes solicitaron se ordene a las demandadas lo siguiente: i) la presentación de excusas escritas y públicas, por los hechos expuestos; ii) la difusión del fallo para que expliquen los límites a sus funciones y actuaciones desde la garantía de los derechos fundamentales invocados; iii) la realización de cursos de derechos humanos para todos sus trabajadores, en especial aquellos que desempeñan labores con público; y, iv) la condena pecuniaria por la vulneración de los derechos fundamentales expuestos y los perjuicios causados que aún persisten.

Hechos relevantes

1. Los actores sostienen una relación afectiva y a mediados de enero de 2016, se encontraban en las instalaciones del centro comercial Portal del Prado P.H., ubicado en la ciudad de Barranquilla. Durante su recorrido, se ubicaron en una banca dispuesta para los visitantes en el segundo piso, cerca al establecimiento SAO 53¹.

2. Los accionantes, fueron abordados por el guarda de seguridad Armando Trespalacios, quien los increpó por besarse y tener manifestaciones de afecto,

¹ Folio 1 cuaderno principal.

y les solicitó que abandonaran el lugar, so pena de requerir la presencia de un agente de Policía para que atendiera la situación. Por tal razón, los jóvenes demandantes grabaron con sus teléfonos la supuesta agresión².

3. Los solicitantes expresaron que la discusión con el guarda de seguridad se presentó frente a los demás ciudadanos que se encontraban en el centro comercial, lo que afectó su reputación³.

4. Los peticionarios acudieron a la Corporación Caribe Afirmativo, entidad que busca el reconocimiento de los derechos de la población LGBTI, quienes a través de un apoderado adscrito a esa institución, representan los intereses judiciales de los tutelantes.

5. Los jóvenes manifestaron que no se acercan al centro comercial por temor a ser revictimizados, pues después de lo ocurrido, les advirtieron que no volvieran a la propiedad horizontal ya que serían nuevamente reprendidos⁴.

6. Los ciudadanos aportaron un disco compacto que contiene un documento audiovisual, en el que se registran dos momentos de confrontación entre los demandantes y el personal adscrito a la empresa de seguridad accionada. En efecto, de una parte, la reconvención del guarda de seguridad por besarse en el centro comercial; y de otra, la solicitud de otro vigilante de que abandonen el lugar por encontrarse en proceso de cierre⁵.

Actuación procesal y contestaciones de las entidades accionadas

1. El Juzgado Décimo Civil Municipal de Barranquilla conoció de la acción de tutela en primera instancia. El fallador admitió la solicitud de amparo por auto del veintiuno (21) de enero de 2016. Esta providencia ordenó correr traslado a las sociedades accionadas con la finalidad de que se pronunciaran sobre los hechos de la demanda.

2. El centro comercial **Portal del Prado P.H.**, radicó ante la Secretaría del despacho de primera instancia, el veintiocho (28) de enero de 2016⁶, escrito mediante el cual manifestó que los hechos que sustentan la acción de tutela no son ciertos por las siguientes razones:

² Folio 2 cuaderno principal.

³ Ibídem.

⁴ Ibídem.

⁵ Folio 16 cuaderno principal.

⁶ Folios 25-27 cuaderno principal.

i) En el video aportado por los accionantes se aprecia al guarda de seguridad indicarle a los jóvenes que deben retirarse del sitio en el que se encuentran sentados, debido a que la copropiedad se encuentra en proceso de cierre, sin que pueda evidenciarse agresión o afectación a la honra e integridad de los demandantes.

De otra parte, advierte que el vigilante le indicó a los actores que no lo filmaran, sin embargo, aquellos lo intimidaron al expresarle que esa grabación serviría de prueba para posteriores demandas.

ii) La actuación desplegada por el funcionario de la empresa de vigilancia no se realizó frente a otras personas diferentes a los accionantes, tal como se observa en el video aportado por los demandantes.

iii) El centro comercial y sus empresas contratistas no tienen la política de discriminar a las personas por su condición sexual, creencias, raza o condición política, situación que se aprecia en el video aportado, pues los vigilantes no realizaron ninguna acción de discriminación en contra de los accionantes.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó declarar improcedente la acción de tutela de la referencia, pues no hay prueba de la supuesta discriminación en contra de los actores.

3. La empresa de seguridad **VIDELCA LTDA.**, radicó ante la Secretaría del despacho de primera instancia el veinticinco (25) de enero de 2016⁷, escrito mediante el cual reiteró los argumentos expuestos por el centro comercial en la contestación expuesta previamente.

4. La sociedad **Portales Urbanos S.A.**, se pronunció sobre los hechos que sustentan la acción de tutela mediante escrito radicado ante la Secretaría del despacho de conocimiento, el veintiocho (28) de enero de 2016, en el que se opuso a los fundamentos fácticos y a las pretensiones de la solicitud de amparo.

Además, manifestó que esa sociedad no es la propietaria del centro comercial, pues el mismo fue entregado a la copropiedad en virtud de lo dispuesto en la Ley 675 de 2001, por lo que aquella constituye una empresa totalmente independiente a esa accionada.

⁷ Folios 29-31 cuaderno principal.



Con base en lo expuesto, solicitó declarar improcedente la acción de tutela de la referencia.

Decisiones objeto de revisión

Primera instancia

El Juzgado Décimo Civil Municipal de Barranquilla profirió sentencia el cinco (5) de febrero de 2016⁸, en la que resolvió negar la acción de tutela promovida por los accionantes, con fundamento en que las pruebas allegadas al proceso no acreditan que el personal de vigilancia de la empresa VIDELCO Ltda., haya realizado las actuaciones que configuran las agresiones y las vulneraciones a los derechos fundamentales expuestas por los accionantes. En ese sentido, la exhortación realizada por los guardas de seguridad a los demandantes tuvo como fundamento el cierre del centro de comercial y no constituyó un acto de discriminación por la orientación sexual de los actores.

Segunda instancia

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla dictó sentencia el dieciocho (18) de abril de 2016⁹, mediante la cual resolvió confirmar la sentencia de primera instancia, tras considerar que los vigilantes del centro comercial solicitaron a los accionantes el abandono del lugar por la proximidad del cierre al público, conducta que no reviste un acto de discriminación por su orientación sexual diversa.

Además, expresó que de las pruebas aportadas al proceso no se acreditó agresión por parte de los guardas de seguridad contra los demandantes, sin embargo, si dan cuenta del irrespeto de los jóvenes hacia los mencionados trabajadores.

Actuaciones en sede de revisión

1. Esta Sala de Revisión, mediante auto del dos (2) de diciembre de 2016, ordenó: de una parte oficiar a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, para que remitiera con destino al expediente la información relacionada con: i) si esa entidad pública ha establecido protocolos que deben cumplir las empresas de vigilancia y seguridad privada en materia de cierre al público de centros comerciales y manifestaciones de afecto entre parejas heterosexuales y aquellas de orientación sexual diversa; ii) si las empresas

⁸ Folios 49-51 cuaderno principal.

⁹ Folios 9-10 cuaderno de impugnación.



vigiladas están obligadas a diseñar e implementar protocolos en las materias descritas previamente y si además requieren su aprobación; iii) si la empresa VIDELCA Ltda., cuenta con protocolos específicos para el tratamiento de los eventos expuestos anteriormente; y, iv) si exige que las empresas de vigilancia realicen sus procedimientos con plena observancia de los derechos fundamentales, especialmente con un claro enfoque diferencial en materia de orientación sexual diversa. De igual manera, si la empresa accionada le ha reportado gestiones de capacitación de su personal en dichos aspectos.

De otra parte, oficiar al centro comercial y a la empresa de vigilancia accionados para que informaran y remitieran lo siguiente: i) los días y los horarios de apertura y cierre de atención al público en general de la copropiedad; ii) la determinación exacta del día y la hora en que ocurrieron los hechos que sustentan la solicitud de amparo, así como el horario de cierre del centro comercial para esa fecha y la remisión de los registros audiovisuales de ese momento; iii) si tienen un protocolo de procedimientos para atender el cierre al público de la propiedad horizontal y las manifestaciones de afecto entre las parejas heterosexuales y de orientación sexual diversa y además, si los mismos tienen un claro enfoque diferencial en materia de garantía de los derechos fundamentales de la población LGBTI; y, iv) si los funcionarios y guardas de seguridad del centro comercial que prestan sus servicios en esas instalaciones, reciben capacitación en derechos fundamentales, especialmente de la población LGBTI.

Finalmente, se ofició a los accionantes para que precisaran el día y la hora en que ocurrieron los hechos que sustentan la solicitud de amparo de la referencia.

2. La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, mediante escrito del trece (13) de diciembre de 2016, radicado en la Secretaría General de la Corte el catorce (14) de ese mismo mes y año¹⁰, informó a esta Sala lo siguiente:

i) La Superintendencia ejerce funciones de inspección, vigilancia y control de los servicios de vigilancia y seguridad privada en todas sus modalidades. Además, tiene a su cargo la expedición de licencias de funcionamiento, credenciales y permisos a quienes prestan las mencionadas funciones.

ii) Esa entidad pública ha establecido los siguientes protocolos de actuación:

- Protocolo de operación servicios de vigilancia electrónica;

¹⁰ Folios 29-35 cuaderno de revisión.

- Protocolo de operación servicios de vigilancia y seguridad privada para el sector residencial;
- Protocolo de operación servicios de vigilancia y seguridad privada para el sector financiero.

Estos documentos sirven de referencia para los sitios que no han sido regulados, por lo que son de obligatorio cumplimiento para los vigilantes. Conforme a lo expuesto, el protocolo para el sector residencial contiene las normas que deben observar los guardas en su puesto de trabajo y la obligación del trato digno, respetuoso y amable con los usuarios, por lo que se encuentra proscrita cualquier forma de discriminación por su condición, raza o sexo. De esta manera, precisó que el enfoque de la actuación se fundamenta en los derechos y no en la población¹¹.

En igual sentido, el mencionado documento establece de una parte, la obligación para las personas naturales y jurídicas que prestan servicios de vigilancia y seguridad privada, de respetar los derechos fundamentales y las libertades de la comunidad, y de otra, la prohibición de asumir conductas reservadas a la fuerza pública. De la misma forma, esas empresas vigiladas tienen el deber de cumplir con las normas legales y procedimientos establecidos por el Gobierno Nacional, así como las órdenes e instrucciones impartidas por esa Superintendencia.

A su turno, la actividad de cierre del establecimiento está regulada en el protocolo para el sector financiero, el cual tiene previsto el siguiente procedimiento:

- Constatación de que no se encuentre ningún usuario o cliente de la entidad;
- Verificar la salida de todo el personal que labora en la entidad;
- Realizar el cierre electrónico;
- Efectuar una inspección fuera de la sede;
- Verificar que se encuentre sin novedad;
- Hacer el respectivo reporte al supervisor;

¹¹ Folio 30 cuaderno de revisión.



- Diligenciar la minuta o cierre del puesto;

- Tener en cuenta las condiciones o políticas del Banco o establecimiento bancario en caso de que exista la misma.

iii) Esa entidad en desarrollo de su función de inspección, vigilancia y control, emitió las circulares externas números 20157000000195 del siete (7) de septiembre de 2015¹² y 20167000000235 del tres (3) de octubre de 2016¹³, mediante las cuales fijó lineamientos sobre derechos humanos, respeto a la dignidad humana y la responsabilidad social, en especial la atención de situaciones relacionadas con las personas que tienen orientación sexual e identidad sexual diversa, en los sitios o espacios donde se presta el servicio.

Conforme a lo expuesto, la Supervigilancia expresó que los servicios de vigilancia y seguridad privada están obligados a diseñar, ajustar o implementar al interior de los mismos, los procedimientos que permitan llevar a cabo los lineamientos impartidos por esa entidad, especialmente los contenidos en la Circular Externa No. 20157000000195, sin que requiera aprobación previa. Sin embargo, dicha actividad está sometida a su verificación y control.

Concluyó que la empresa VIDELCA Ltda., está en la obligación de cumplir con la circular expuesta previamente, mediante la adopción de los procedimientos necesarios para su cumplimiento, por lo que su inobservancia generaría la respectiva sanción¹⁴.

3. El centro comercial **Portal del Prado P.H.** radicó ante la Secretaría General de esta Corporación el catorce (14) de diciembre de 2016¹⁵, escrito mediante el cual informó:

- El centro comercial tiene el siguiente horario de funcionamiento:

Lunes a Jueves: desde las 10:00 a.m. hasta las 8:00 p.m.

Viernes y sábado: desde las 10:00 a.m. hasta las 9:00 p.m.

Domingos: desde las 11:00 a.m. hasta las 7:00 p.m.

¹² Folio 32 cuaderno de revisión.

¹³ Folio 33-35 cuaderno de revisión.

¹⁴ Folio 31 cuaderno de revisión.

¹⁵ Folios 42-51 cuaderno de revisión.



El establecimiento de comercio SAO atiende en el siguiente horario: lunes a sábado de 7:00 a.m. a 10:00 p.m.; y domingos y festivos de 8:00 a.m. a 8:00 p.m.

- Los hechos que sustentan la acción de tutela ocurrieron el lunes dieciocho (18) de enero de 2016, entre las 8:17 p.m. y las 8:27 p.m., tal como consta en la filmación aportada con el escrito. En ese sentido, el horario de atención al público en esa fecha fue de 10:00 a.m. a 8:00 p.m.

- Esa copropiedad allegó material fílmico obtenido el dieciocho (18) de enero de 2016, entre las 8:17 p.m. y 8:27 p.m., en el área común ubicada en el segundo piso, escaleras que conducen a las oficinas de Olímpica S.A., las cuales cierran a las 6:00 p.m.

En el documento audiovisual¹⁶, según la accionada, no se aprecia que los actores hayan sido objeto de malos tratos, insultos, tratos degradantes o discriminatorios, por parte del personal de seguridad de la empresa VIDELCO Ltda. Por el contrario, lo que se observa en el video es la actuación de los guardas de seguridad que solicitan a los demandantes que abandonen el lugar debido al cierre de la copropiedad¹⁷.

- La accionada manifestó que el protocolo para el cierre de la copropiedad es el siguiente:

a. Se informa a los clientes y visitantes que se ubican en las áreas comunes distintas a las escaleras eléctricas de acceso a los cines o casino que el centro comercial procederá a su cierre.

b. Los vigilantes recorren las áreas comunes de la propiedad horizontal con la finalidad de verificar el estado de los locales del centro comercial y que no existan personas en las áreas comunes objeto de cierre.

- Indicó que el personal administrativo y de vigilancia de la copropiedad ha recibido capacitaciones en materia de enfoque diferencial en la garantía de los derechos fundamentales de la población LGBTI, para lo cual aportó copia de las certificaciones de los mencionados cursos.

Al verificar los documentos mencionados previamente, se observa que las capacitaciones fueron impartidos en aquella oportunidad por la Defensoría del

¹⁶ Esta Sala, al verificar el material probatorio enunciado, pudo constatar que el video aportado por la accionada guarda plena identidad de contenido con el documento audiovisual allegado por los demandantes como prueba adjunta a la solicitud de amparo de la referencia.

¹⁷ Folio 43 cuaderno de revisión.



Pueblo y la organización Caribe Afirmativo¹⁸. Expresó además que, para el año 2017, tienen contemplado realizar más capacitaciones con la participación de la Defensoría del Pueblo¹⁹.

4. La **empresa de seguridad VIDELCA Ltda.**, radicó ante la Secretaría General de la Corte el catorce (14) de diciembre de 2016²⁰, escrito mediante el cual manifestó:

- El centro comercial accionado es el encargado de fijar los horarios de apertura y cierre del establecimiento, por tal razón, es a ese demandado a quien le corresponde certificar los espacios de tiempo destinados por la copropiedad para la atención al público.

- Los hechos que fundamentan la tutela acaecieron el lunes dieciocho (18) de enero de 2016, antes de las 9 de la noche, cuando en esa parte del centro comercial no había locales abiertos al público. Así lo expresaron los trabajadores involucrados en las circunstancias descritas, durante la diligencia de descargos.

- La actuación de los guardas no implicó tratos degradantes o discriminatorios en contra de los accionantes. Por el contrario, la finalidad de los vigilantes fue la de precisar a los demandantes que en el sector en el que estaban ubicados no había locales que aun prestaran atención al público, por lo que debían desplazarse a otro lugar del centro comercial que se encontrara abierto.

De igual manera, precisó que, de acuerdo con el documento audiovisual allegado por esa empresa en sede de revisión²¹, no se aprecian personas que transiten por el lugar donde están ubicados los accionantes, ni locales, ni islas, que aun tengan atención a los clientes.

- El protocolo para el cierre o evacuación de las áreas comerciales que finalizan su atención al público es el siguiente²²:

- a. Posterior al cierre de islas y locales del centro comercial, los vigilantes informan de manera respetuosa a los visitantes y/o clientes que se ubican en las áreas comunes distintas a las escaleras eléctricas de acceso a los cines, discoteca o casino, que el centro comercial está en proceso de cierre y que

¹⁸ Folios 46-47 cuaderno de revisión.

¹⁹ Folio 44 cuaderno de revisión.

²⁰ Folios 52-54 cuaderno de revisión.

²¹ Al revisarse el contenido del mismo, se concluye que guarda identidad con el video aportado por los accionantes en la acción de tutela de la referencia.

²² Folio 53 del cuaderno de revisión.



dichas áreas han finalizado su atención al público. Lo anterior con la finalidad de preservar la seguridad de los locales y sus visitantes.

b. El supervisor encargado realiza un recorrido final por las áreas evacuadas y cerradas al público, en busca de objetos y personas no autorizadas, verificar el estado de las puertas y las cerraduras de los locales y de las islas, con la finalidad de apagar las luces de los pasillos y dar aviso al personal encargado del aseo para que inicien sus labores.

- Los guardas de seguridad han recibido capacitaciones por parte de la Defensoría del Pueblo, en materia de enfoque diferencial en la garantía de los derechos fundamentales de la población LGBTI.

5. **El apoderado judicial de los accionantes**, presentó ante la Secretaría General de este Tribunal, el catorce (14) de diciembre de 2016²³, escrito²⁴ mediante el cual indicó:

- Los demandantes sostienen una relación afectiva y estuvieron en el centro comercial el día “domingo (sic)”²⁵ dieciocho (18) de enero de 2016. Durante su estancia en las instalaciones de la copropiedad accionada, se ubicaron en una banca dispuesta para los visitantes, ubicada en el segundo piso, cerca del ascensor, apoyados al vidrio que da hacia el letrero del SAO 53, las cuales actualmente fueron retiradas de ese lugar.

- El guarda Armando Trespalacios, sobre las 8:05 p.m., se les acercó y les pidió que se retiraran del lugar pues no podían besarse o tener manifestaciones de afecto en ese espacio. Adicionalmente, los amedrentó con buscar un agente de policía.

- Los jóvenes peticionarios entendieron que dicho reclamo estaba motivado por su orientación sexual, razón por la cual grabaron al vigilante.

- Posteriormente, fueron abordados por el supervisor de la empresa de seguridad, quien les manifestó que su expulsión obedecía a la hora de cierre del centro comercial, no obstante que el establecimiento aún se encontraba abierto al público, pues la plaza de comidas y el cine cierran a las 21:00 y 23:00 horas, respectivamente.

- Los solicitantes reiteraron que su retiro del centro comercial se produjo por ser homosexuales y tener manifestaciones de afecto en público.

²³ Folio 61 cuaderno de revisión.

²⁴ El escrito fue presentado en membretes de la organización Caribe Afirmativo.

²⁵ Folio 61 del cuaderno de revisión.

6. La práctica de pruebas en sede de revisión, permitió a la Sala tener conocimiento de los siguientes hechos relevantes:

1. La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada tiene funciones de inspección, vigilancia y control sobre los servicios de vigilancia y seguridad privada en todas sus modalidades.

2. Esa entidad, en ejercicio de sus funciones, ha establecido los protocolos de operación de servicios de vigilancia electrónica, de operación de servicios de vigilancia y seguridad privada para el sector residencial y de operación de servicios de vigilancia y seguridad privada para el sector financiero, los cuales son de obligatorio cumplimiento para las entidades vigiladas y sus trabajadores, y además, sirven de referencia para la presentación del servicio en los sitios que no han sido específicamente regulados.

3. La Supervigilancia expidió las circulares externas números 20157000000195 del siete (7) de septiembre de 2015 y 20167000000235 del tres (3) de octubre de 2016, a través de las cuales dio directrices en materia de protección de derechos humanos, responsabilidad social, especialmente en la obligación de las empresas de vigilancia y seguridad privada de adoptar las medidas necesarias para prevenir y atender de forma adecuada los hechos o situaciones relacionadas con las personas con orientación sexual e identidad de género diversa (LGBTI).

4. Las empresas vigiladas están obligadas a ajustar o implementar los procedimientos necesarios para dar cumplimiento a los lineamientos impartidos por esa entidad.

5. Según la Supervigilancia, la empresa VIDELCO Ltda., debe contar con los procedimientos que reflejen el acatamiento de la Circular número 20157000000195, so pena de la respectiva sanción.

6. El horario de funcionamiento del Centro Comercial el Portal del Prado P.H., en términos generales es el siguiente:

Lunes a viernes: desde las 10:00 a.m. hasta las 8:00 p.m.

Viernes y sábado: desde las 10:00 a.m. hasta las 9:00 p.m.

Domingo: desde las 11:00 p.m. hasta las 7:00 p.m.



7. Sin embargo, el establecimiento SAO tiene un horario de cierre diferente, que se extiende hasta las 10:00 p.m. de lunes a sábado, y hasta las 8:00 p.m. los domingos.

De igual manera, existen zonas que permanecen abiertas al público después de la hora general de cierre, como las escaleras eléctricas de acceso a los cines, el casino y la discoteca.

En conclusión, existen áreas del centro comercial que cierran de acuerdo al horario ordinario establecido por la copropiedad, mientras que otros lugares permanecen abiertos al público como son los accesos a los cines, el casino y la discoteca.

8. El centro comercial y la empresa de vigilancia cuentan con un protocolo para el cierre del establecimiento, en el que los guardas recorren el centro comercial para informar a los visitantes que se encuentran en sus instalaciones que determinadas áreas han terminado su atención al público, razón por la cual deben abandonar las mencionadas zonas.

9. El personal administrativo y de vigilancia de las empresas accionadas han recibido capacitación por parte de la Defensoría del Pueblo y la Corporación Caribe Afirmativo, en materia de protección de derechos fundamentales de la población LGBTI.

10. Existe una fuerte discusión sobre los motivos que originaron el retiro de los accionantes del área del centro comercial en el que se encontraban, pues aquellos afirman que dicha actuación tuvo como fundamento la expresión de cariño de personas realizada en su condición de personas con orientación sexual diversa, mientras que los demandados manifestaron que tal determinación se realizó por el cierre de la copropiedad.

De esta manera, la Sala estima necesario fijar el alcance de los hechos que sustentan la presente demanda, lo cual en ningún momento implica un prejuzgamiento, sino que, tiene como finalidad facilitar la comprensión metodológica del análisis de la procedencia general del amparo del amparo de la referencia y eventualmente, la formulación del correspondiente problema jurídico que orientará el estudio de fondo pertinente, por lo cual, para los efectos mencionados previamente, siempre se hará alusión a las dos (2) situaciones descritas y a las razones que las sustentan y que fueron expuestas por las partes.

II. CONSIDERACIONES

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

Cuestión previa

2. Los accionantes presentaron acción de tutela en contra de las empresas demandadas, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación, generada, según su relato, por la reconvención y expulsión del centro comercial Portal del Prado P.H. de los actores, realizada por un guarda de seguridad debido a que supuestamente realizaban manifestaciones de afecto entre sí y por su orientación sexual diversa.

En el presente asunto, la Sala abordará el estudio preliminar de los siguientes aspectos: i) el análisis de la posible configuración de la carencia actual de objeto por daño consumado, por cuanto, la presunta afectación de los derechos fundamentales de los demandantes, se materializó con el retiro de los jóvenes del área en la que se encontraban al interior del centro comercial accionado.

De otra parte, de habilitarse un pronunciamiento de esta Corporación en el presente asunto, la Sala previamente fijará: ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra particulares, especialmente por las actuaciones desplegadas por los guardas de seguridad de los centros comerciales.

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

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

3. Este Tribunal, en reiterados pronunciamientos, ha sostenido que el objeto de la acción de tutela es la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, durante el proceso de amparo pueden acreditarse o presentarse circunstancias que permitan inferir que las vulneraciones o amenazas invocadas cesaron porque: i) se materializó el daño alegado; ii) se satisfizo el



derecho fundamental afectado; o iii) se presentó la inocuidad de las pretensiones de la solicitud de amparo²⁶. Estas situaciones generan la extinción del objeto jurídico del amparo, por lo que cualquier orden de protección proferida por el juez caería en el vacío²⁷. Este fenómeno ha sido denominado “*carencia actual de objeto*”, el cual se presenta por la ocurrencia de hecho superado o de daño consumado²⁸.

Se está frente a un hecho superado cuando durante el trámite de amparo las acciones u omisiones que amenazan al derecho fundamental desaparecen por la satisfacción de la pretensión que sustenta la acción de tutela, por lo que la orden a impartir por parte del juez constitucional pierde su razón de ser, pues el derecho ya no se encuentra en riesgo²⁹.

No obstante, esta Corporación ha señalado que puede adelantar el estudio del asunto sometido a su conocimiento, ya que le corresponde en sede de revisión, determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita³⁰, pronunciarse sobre la vulneración invocada en la demanda conforme al artículo 24 del Decreto 2591 de 1991³¹ y determinar si, con atención de las particularidades del caso, procede el amparo de la dimensión objetiva de los derechos conculcados³². Dicho análisis puede comprender: i) observaciones sobre los hechos del caso estudiado; ii) llamados de atención sobre la situación que originó la tutela; iii) el reproche sobre su ocurrencia y la advertencia sobre la garantía de no repetición³³; y iv) la posibilidad de adoptar las medidas de protección objetiva³⁴.

De otra parte, el daño consumado surge cuando se ocasionó el daño que se pretendía evitar con la orden de protección del juez de tutela, debido a que no se reparó oportunamente la vulneración del derecho³⁵.

En la **sentencia SU-540 de 2007**³⁶, la Corte estableció que el **daño consumado** ha sido entendido como una circunstancia donde se afectan de

²⁶ Sentencia T-308 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁷ Sentencia T-533 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁸ Sentencia T-703 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁹ Sentencia T-311 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁰ Sentencia T-170 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³¹ “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

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

³³ Sentencia SU-225 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada.

³⁴ Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁵ *Ibídem*.

³⁶ M.P. Humberto Sierra Porto. Reiterada en la sentencia T-478 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



manera definitiva los derechos de los ciudadanos antes de que el juez de tutela logre pronunciarse sobre la petición de amparo. A diferencia del hecho superado, la Corte reconoció en ese pronunciamiento, que en estos casos se impone la necesidad de pronunciarse de fondo, dada la posibilidad de establecer correctivos y prever futuras violaciones a los derechos fundamentales de las personas.

De esta manera, si se configura un daño consumado, el juez constitucional no sólo tiene la facultad sino el deber de pronunciarse de fondo, y exponer las razones por las cuales se produjo un perjuicio en cabeza del accionante, además de realizar las advertencias respectivas, para efectivizar la garantía de no repetición³⁷.

4. Adicionalmente, este Tribunal ha considerado que es probable que la vulneración de un derecho fundamental se proyecte en el tiempo, con fundamento en el principio de retrospectividad, aun cuando el hecho se produjo con antelación. Por tal razón, la fecha del acto acusado no constituye el factor determinante para configurar la improcedencia de la acción de tutela, sino que el juez debe verificar si la violación del derecho es actual, es decir, persiste al momento de resolver la petición de amparo³⁸, por lo que la decisión judicial puede ser efectiva para restablecer la vigencia de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados³⁹.

En otras palabras, si del estudio de los hechos en el caso concreto se deriva una conducta que puede ser evitada o mitigada a través de la acción de tutela, el juez debe pronunciarse sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales, pues el hecho consumado no se agota en la definición o identificación de una situación ocurrida en el pasado⁴⁰, pues aquel se materializa cuando la decisión del juez no puede hacer cesar las vulneraciones o restablecer la vigencia de los contenidos *ius fundamentales*.

5. Conforme a lo expuesto, la Sala considera que en el caso bajo estudio no operó la figura de la carencia actual de objeto por hecho superado ni por daño consumado, pues si bien los accionantes fueron retirados del área del centro comercial en el que se encontraban ubicados el dieciocho (18) de enero de

³⁷ Ver entre otras, las sentencias T-842 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-520 de 2012 M.P. María Victoria Calle.

³⁸ Sentencia T-163 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁹ Sentencia SU-667 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁰ Sentencia T-131 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En la sentencia T-314 de 2011 con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, esta Corte manifestó: “En síntesis, es indispensable reiterar que frente a una solicitud de amparo el juez de tutela debe establecer cuáles son los derechos fundamentales de los cuales se alega la vulneración para luego definir si los efectos del hecho dañoso persisten, si son susceptibles de ser interrumpidos o, mejor, si existe alguna posibilidad fáctica de restablecer los derechos fundamentales quebrantados.”



2016, las presuntas vulneraciones alegadas en la solicitud de amparo pueden producir efectos con vocación de actualidad y se requiere proteger la garantía de no repetición.

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

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

Examen de procedencia de la acción de tutela

Legitimación por activa

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

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

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

9. En el caso objeto de estudio, está demostrado que los accionantes se encuentran legitimados en la causa por activa para formular, a través de apoderado judicial, la acción de tutela de la referencia, pues son mayores de



edad⁴¹ y procuran la protección inmediata de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de su orientación sexual diversa.

Legitimación por pasiva

10. La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso⁴². Conforme a los artículos 86 de la Constitución, 1º y 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares.

La procedencia de la acción de tutela contra particulares

11. Los derechos fundamentales ocupan un lugar privilegiado en la concepción del constitucionalismo contemporáneo, puesto que hacen parte de un “*orden objetivo valorativo*”⁴³ que irradia todo el ordenamiento jurídico incluidas las relaciones jurídico privadas, por lo que, aun en estos escenarios, a los particulares también se les exige garantizar la eficacia inmediata, en el mayor grado posible, de los postulados de la Carta, debido al “*efecto horizontal*”⁴⁴ de las normas Superiores.

A su turno, los mencionados contenidos del Texto Político, constituyen derechos subjetivos, los cuales guardan una estrecha interdependencia con su dimensión objetiva, de tal suerte que el desconocimiento de una norma constitucional en una relación inter privada, puede generar la lesión de un derecho fundamental⁴⁵.

12. Conforme a lo expuesto, esta Corporación ha considerado que el amparo constitucional puede formularse de manera excepcional contra un particular, debido a que en sus relaciones jurídicas y sociales pueden presentarse asimetrías que generan el ejercicio de poder de unas personas sobre otras⁴⁶.

⁴¹ Conforme a los poderes otorgados y que obran a folios 14 y 15 del cuaderno principal.

⁴² Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015 y T-098 de 2016 ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

⁴³ Este fue el concepto utilizado por el Tribunal Constitucional alemán en el famoso fallo Lüth, el cual se encuentra citado en la sentencia T-632 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁴ R. Alexy. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, Pág. 510-511.

⁴⁵ R. Alexy. Ob. Cit. Pág. 517.

⁴⁶ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



De esta manera, la Corte, mediante la interpretación de los artículos 86 Superior y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, ha precisado las siguientes subreglas jurisprudenciales de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra particulares: i) cuando está encargado de la prestación de un servicio público⁴⁷; o ii) su actuación afecta gravemente el interés colectivo⁴⁸; o iii) la persona que solicita el amparo constitucional se encuentra en un estado de subordinación o de indefensión⁴⁹.

En efecto, este Tribunal ha expresado que los conceptos de subordinación y de indefensión son relacionales⁵⁰ y constituyen la fuente de la responsabilidad del particular contra quien se dirige la acción de tutela⁵¹. En cada caso concreto deberá verificarse si la asimetría en la relación entre agentes privados se deriva de interacciones jurídicas, legales o contractuales (subordinación), o si por el contrario, la misma es consecuencia de una situación fáctica en la que una persona se encuentra en ausencia total o de insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales frente a otro particular (indefensión)⁵².

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

La legitimación por pasiva de las personas jurídicas y su responsabilidad por el hecho de sus dependientes

14. La irrupción del derecho constitucional en las relaciones privadas extiende sus efectos a las personas jurídicas, quienes en forma de asociaciones o empresas, tienen mayor capacidad para influir en la vida de los individuos y la potencialidad de generar situaciones de subordinación o de indefensión que afecten sus libertades y sus derechos fundamentales⁵³.

⁴⁷ Numerales 1, 2 y 3 del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991. Al respecto ver sentencias T-632 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-655 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-419 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

⁴⁸ La Corte ha considerado que se trata de un interés que abarca un número plural de personas que se ven afectadas por la conducta nociva desplegada por un particular. Al respecto ver las sentencias T-025 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía, T-028 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-357 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

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

⁵⁰ Sentencias T-290 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-632 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

⁵¹ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵² Sentencia T-122 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵³ Sentencia T- 909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Por tal razón, la Sala tiene la necesidad de analizar la responsabilidad de los entes jurídicos particulares, por los hechos cometidos por las personas naturales que tienen la calidad de dependientes.

15. Este Tribunal en la **sentencia T-909 de 2011**⁵⁴, expresó que las personas jurídicas sufren las consecuencias de los actos o hechos de las personas naturales que puedan causar un daño, con fundamento en las relaciones contractuales o extracontractuales, bien sea de manera directa o indirecta, conforme a los artículos 2341⁵⁵ y 2347⁵⁶ del Código Civil.

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

En materia de protección de derechos fundamentales estas reglas son aplicables, bajo adicionales ingredientes normativos de cualificación, como son: i) el principio de legalidad y su observancia por los particulares (art. 6 C.P.); ii) el carácter inalienable de los derechos (art. 5 C.P.); iii) el deber de defensa de los derechos fundamentales y la observancia del principio de no abuso del derecho; y, iv) los amplios criterios de interpretación sobre la legitimación por pasiva en la acción de tutela⁵⁷.

16. En suma, la acción de tutela procede contra personas jurídicas por los hechos de sus subordinados. La Corte llegó a esa conclusión mediante un ejercicio hermenéutico de dialogo jurisprudencial, en el que se pudo determinar que aquellas son responsables directas por las afectaciones a los derechos fundamentales que puedan causar sus subalternos, auxiliares o dependientes, pues se entiende que son ejecutados por la persona jurídica misma⁵⁸.

⁵⁴ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁵ El artículo prescribe: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”

⁵⁶ El mencionado artículo establece: “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado.”

⁵⁷ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁸ Ibídem.



17. En el expediente de la referencia, la acción de tutela se dirige contra las sociedades Portales Urbanos S.A., VIDELCA Ltda., y el centro comercial Portal del Prado P.H., por lo que a continuación la Sala estudiará la legitimación por pasiva de cada una de las entidades demandadas.

i) **Sociedad Portales Urbanos S.A.:** la Corte considera que no le asiste legitimación por pasiva en la presente solicitud de amparo, puesto que conforme a lo expresado en su intervención en el presente trámite, entregó el centro comercial Portal del Prado P.H. a la copropiedad en la primera asamblea general ordinaria, por lo que aquella constituyó una persona jurídica independiente a la mencionada sociedad, conforme a los artículos 4º y 33 de la Ley 675 de 2001 y la certificación de existencia y representación legal expedida por la Alcaldía de Barranquilla, el trece (13) de diciembre de 2016, y que obra en el expediente⁵⁹. Por tal razón, no tuvo ninguna participación en los hechos que fundamentan la acción de tutela de la referencia.

ii) **Centro comercial Portal del Prado P.H.:** esta persona jurídica particular se encuentra legitimada por pasiva en la presente acción de tutela con fundamento en las siguientes razones:

- Los hechos en los que se basa la solicitud de amparo ocurrieron en los espacios abiertos al público al interior de la copropiedad, situación que, conforme a lo establecido en los numerales 4 y 9 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, configura una posición de control de la situación, y lo ubica como el beneficiario de la conducta desplegada por los guardas, pues mediante la misma buscó direccionar el comportamiento de los accionantes.

- Los demandantes se encontraban en un estado de indefensión, pues se hallaban en un espacio público dentro de un centro comercial, sobre el que la copropiedad ejerce el control de sus visitantes. Por tal razón, las reconvenções realizadas por los guardas de seguridad, generaron en los actores la insuficiencia de medios físicos y jurídicos para resistir o repeler la presunta agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales.

- El centro comercial debe responder por las acciones de los guardas de seguridad que prestan sus servicios en las instalaciones de la copropiedad, pues aquellos obraron en beneficio del accionado, con ocasión del servicio contratado por aquel y que presta la empresa de seguridad para la cual trabajan los vigilantes. Esta conducta constituye una delegación en un tercero, en este caso la empresa VIDELCA, de las labores de seguridad del centro comercial,

⁵⁹ Folio 45 cuaderno de revisión.



por lo que asumió como propias las funciones desplegadas por otra persona que fue contratada para el beneficio de la copropiedad.

iii) **Empresa de seguridad VIDELCA Ltda.:** también está legitimada por pasiva en la acción de tutela de la referencia, pues los guardas de seguridad del centro comercial obraron como trabajadores de la accionada, razón por la cual, aquella debe responder por los actos de sus dependientes.

Subsidiariedad

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

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

20. Observa la Sala, que en el presente asunto está acreditado el presupuesto de subsidiariedad, pues la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales de los accionantes, ya que no contaron con los mecanismos ordinarios administrativos ni judiciales,

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

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

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



para agenciar la protección de sus derechos fundamentales y hacer cesar las vulneraciones acusadas.

Inmediatez

21. Esta Corporación ha reiterado que uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. De tal suerte que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene término de caducidad⁶³, su interposición debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo⁶⁴, bajo el entendido de que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

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

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

22. La Sala considera que en el presente asunto se encuentra acreditado este supuesto, porque los hechos que sustentan la acción de tutela ocurrieron el dieciocho (18) de enero de 2016 y la solicitud de amparo fue presentada el veintiuno (21) de ese mismo mes y año⁶⁷, es decir, tres (3) días después, tiempo que la Corte estima prudente y oportuno.

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

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

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

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

⁶⁷ Folio 18 cuaderno principal.



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

Problema jurídico

24. La Sala estima que el problema jurídico que debe resolver se circunscribe a establecer lo siguiente: ¿El centro comercial y la empresa de seguridad privada vulneraron los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana y a la intimidad de los accionantes al haberlos reconvenido y obligado a abandonar las instalaciones de la propiedad horizontal, por medio de la actuación de un guarda de seguridad, con fundamento en dos situaciones fácticas concretas: i) manifestación de afecto en un lugar abierto al público dentro del recinto; y, ii) por encontrarse la copropiedad en proceso de cierre?

Además, deberá considerar si la actuación de los guardas de seguridad adscritos a la empresa de vigilancia accionada, desplegada frente los accionantes, configuró una discriminación por la orientación sexual diversa de los demandantes.

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

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

26. Esta Corporación ha considerado que los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal, constituyen las garantías superiores para la protección y efectividad de la autonomía de la voluntad para elegir una opción de vida⁶⁸.

⁶⁸ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



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

De esta manera, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades⁶⁹ que el derecho a la dignidad humana debe entenderse bajo dos (2) dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa. En relación con el primero, este Tribunal ha identificado tres (3) lineamientos claros y diferenciados: i) la dignidad humana como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y iii) la dignidad humana como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral o, en otras palabras, la garantía de que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de trato degradante o humillante.

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

En la **sentencia SU-062 de 1999**⁷⁰, la Corte recordó que el régimen constitucional colombiano está fundado en el respeto por la dignidad humana, es decir la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado.

28. En resumen, el derecho a la dignidad humana implica garantizar las condiciones necesarias para una existencia materialmente apropiada y acorde con el proyecto de vida que cada ciudadano le imprime a su devenir. Igualmente, este principio constitucional privilegia la autonomía personal como requisito elemental de una sociedad democrática y pluralista, es decir, constituye la expresión de la capacidad de autodeterminación, de la potestad de exigir el reconocimiento de ciertas condiciones materiales de existencia, o la manifestación de la intangibilidad de la integridad física y moral⁷¹, por lo que existe un mandato imperativo de las autoridades públicas y de los particulares, para que adopten las medidas necesarias de protección

⁶⁹ Sentencia T-881 de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

⁷⁰ Sentencia SU-062 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷¹ Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos más preciados para el Estado⁷².

29. De otra parte, el derecho ***al libre desarrollo de la personalidad*** constituye el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Se trata entonces de la protección constitucional de la capacidad de las personas para autodeterminarse, es decir, darse sus propias normas y desarrollar planes autónomos de vida, siempre que no se afecten los derechos de terceros o el orden jurídico⁷³.

Conforme a lo expuesto, este Tribunal ha expresado que el mencionado derecho configura la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de sus propias decisiones, pues solo le incumben a ella y además, determinan su propio destino como sujeto de derechos autónomo, responsable y diferenciado⁷⁴.

En suma, es la persona quien define, sin injerencias externas, el sentido de su propia existencia y el significado que le atribuye a la vida⁷⁵, es a quien le corresponde decidir sobre lo bueno y lo malo⁷⁶, circunstancias que configuran la base del significado de la persona humana.

30. El artículo 15 de la Carta, consagra el derecho a la ***intimidad personal***, el cual ha sido entendido por la Corte como aquella esfera o espacio de la vida privada en el que no están permitidas las interferencias arbitrarias e injustificadas de las demás personas, lo que le permite a su titular actuar libremente en ese espacio de fuero personal, en ejercicio de su libertad individual y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico⁷⁷.

31. En últimas, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad personal, configuran los elementos básicos para que una persona pueda desenvolverse en sociedad⁷⁸, pues constituyen los baluartes que garantizan el ejercicio de la libertad y la autonomía individual, sin la

⁷² Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷³ Sentencias T-097 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-268 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez entre otras.

⁷⁴ Sentencia T-067 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁷⁵ Ibídem.

⁷⁶ Sentencia C-221 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁷ Sentencia T-517 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, ver además sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷⁸ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



intervención de terceros ajenos al fuero íntimo de cada ser humano, siempre que se respeten los derechos de los demás y el orden jurídico.

La igualdad en el ordenamiento constitucional y la prohibición de la discriminación

32. La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía⁷⁹. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos⁸⁰; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

De igual forma, esta Corporación ha expresado que este postulado tiene un contenido que se concreta en el deber público de ejercer acciones concretas, destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones particulares o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas)⁸¹.

33. En consecuencia, están prohibidas las distinciones que impliquen un trato distinto no justificado, con la capacidad de generar efectos adversos para los destinatarios de las normas o conductas que las generan, quienes no están obligados a soportar esos déficit de protección⁸².

34. Ahora bien, la Corte ha expresado que el examen de validez constitucional de un trato diferenciado entre dos sujetos o situaciones (*tertium comparationis*), consiste en determinar si el criterio de distinción utilizado por la autoridad pública o el particular fue usado con estricta observancia del principio de igualdad (artículo 13 C.P)⁸³, a través de un juicio simple⁸⁴ compuesto por distintos niveles de intensidad (débil, intermedio o estricto) que permiten el escrutinio constitucional de la medida. En otras palabras, se trata de una escala de intensidades que permiten la verificación de la

⁷⁹ Ibídem.

⁸⁰ Ibídem.

⁸¹ Sentencia T-478 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸² Ibídem.

⁸³ Sentencia C-539 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

⁸⁴ La Corte ha establecido la existencia de un test integrado de igualdad, en el que concurren elementos del juicio de proporcionalidad y de igualdad simple. Al respecto ver sentencia C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otros pronunciamientos.



aplicación del principio de igualdad, en una determinada actuación pública o privada⁸⁵.

El **test de igualdad es débil**: cuando el examen de constitucionalidad tiene como finalidad establecer si el trato diferente que se enjuicia, creó una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento⁸⁶. Como resultado de lo anterior, la intensidad leve del test requiere: i) que la medida persiga un objetivo legítimo; ii) el trato debe ser potencialmente adecuado; y iii) no debe estar prohibido por la Constitución.

Se requiere la aplicación de un **test intermedio de igualdad** cuando: i) la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o ii) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia⁸⁷. En estos eventos, el análisis del acto jurídico es más exigente que el estudio realizado en el nivel leve, puesto que requiere acreditar que: i) el fin no solo sea legítimo, sino que también sea *constitucionalmente importante*. Además: ii) debe demostrarse que el medio no solo sea adecuado, sino *efectivamente conducente* para alcanzar el fin buscado con la norma u actuación objeto de control constitucional⁸⁸.

Por último, el **test estricto de igualdad**: surge cuando las clasificaciones efectuadas se fundan en criterios “*potencialmente discriminatorios*”, como son la raza o el origen familiar, entre otros (artículo 13 C.P.), desconocen mandatos específicos de igualdad consagrados por la Carta (artículos 19, 42, 43 y 53 C.P.), restringen derechos a ciertos grupos de la población o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (artículos 7º y 13 C.P.)⁸⁹.

En este escenario, el análisis del acto jurídico objeto de censura por desconocimiento del principio de igualdad debe abarcar los siguientes elementos: i) la medida utilizada debe perseguir ya no solo un objetivo no prohibido, sino que debe buscar la realización de un fin constitucionalmente imperioso; y ii) el medio utilizado debe ser necesario, es decir no basta con que sea potencialmente adecuado, sino que debe ser idóneo⁹⁰.

La robustez del control que realiza la Corte al utilizar el test estricto es de aplicación excepcional, pues se limita a aquellas situaciones que están

⁸⁵ Sentencia C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁶ Ibídem.

⁸⁷ Sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁸ Ibídem.

⁸⁹ Sentencia C-445 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹⁰ Sentencia C-093 de 2011 M.P. Alejandro Martínez Caballero.



relacionadas con materias como son: i) las prohibiciones no taxativas contenidas en inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; ii) medidas normativas sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares o discretas; iii) medidas diferenciales entre personas o grupos que *prima facie*, afectan gravemente el goce de un derecho fundamental; o iv) cuando se examina una medida que crea un privilegio para un grupo social y excluye a otros⁹¹ en términos del ejercicio de derechos fundamentales.

35. En conclusión, la aplicación del test de igualdad para verificar la violación a ese principio, implica un análisis a partir de niveles cada uno con un grado diferente de intensidad, de tal suerte que el juicio será leve, intermedio o estricto, conforme a la norma y a la situación objeto de estudio.

La prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual diversa

36. Este Tribunal ha entendido que la discriminación constituye un acto arbitrario o conducta dirigida a perjudicar o a anular, a dominar o a ignorar a una persona o colectivo, con fundamento en estereotipos o prejuicios sociales o individuales⁹², ajenos a la voluntad del afectado, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes, que lo hacen acreedor de un perjuicio o beneficio como la serían, la opinión política o filosófica⁹³.

De igual manera, la discriminación implica un trato desigual e injustificado, que generalmente se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales y sociales, que afectan los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, y generan además, una carga que no es exigible jurídica ni moralmente a la persona⁹⁴.

37. La Corte en la **sentencia T-909 de 2011**⁹⁵, consagró las subreglas jurisprudenciales que deben verificarse cuando se analiza la posible ocurrencia de una discriminación con efectos negativos o que desmejoran las posiciones jurídicas *ius fundamentales* de los individuos implicados. Las medidas objeto de estudio deben:

⁹¹ Sentencia C-673 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹² Sentencias T-1098 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-1090 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-140 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹³ Sentencia T-1090 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

i) Estar fundadas en criterios considerados **sospechosos** como el sexo, género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, orientación sexual, entre otros;

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

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

iv) **Se debe configurar un perjuicio.**

38. La forma de establecer el carácter sospechoso de una actuación dentro del contexto de la discriminación, atiende a los siguientes presupuestos: i) se refiere a las categorías prohibidas contenidas en el numeral 1° del artículo 13 de la Constitución; ii) se fundan en rasgos permanentes de las personas, los cuales son irrenunciables, pues afectan directamente la identidad personal; iii) se dirige contra personas que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que generan posiciones jurídicas inferiores y configuran condiciones de debilidad manifiesta por integrar grupos marginados o sujetos que gozan de especial protección constitucional; iv) desconocen *prima facie* un derecho fundamental; y, v) incorporan, sin causa aparente, un privilegio exclusivo para un sector de la población, con el correlativo desmedro en el ejercicio de los derechos de las personas y grupos que fueron excluidos⁹⁶.

39. De otra parte, la discriminación puede revestir diversas formas. En efecto, es **directa** cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado, injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, opiniones personales, entre otras⁹⁷.

La discriminación es **indirecta** cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, lo que produce lesiones y vulneraciones de sus derechos fundamentales o limitan el goce de los mismos. En ese sentido, las medidas neutrales en principio, no implican factores diferenciadores entre las personas, pero producen desigualdades de trato entre unas y otras⁹⁸.

⁹⁶ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹⁷ Sentencias C-112 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-140 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, reiteradas en la sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹⁸ Sentencia T-140 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.



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

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

41. Ahora bien, frente al tema específico de la prohibición de discriminación en razón de la identidad de género o la orientación sexual, la Corte ha sido prolija en proscribir cualquier tipo de conductas que incurran en una desigualdad de este tipo, pues no existe título jurídico que permita discriminar por la orientación sexual diversa⁹⁹. Por ejemplo, en la **sentencia T-435 de 2002**¹⁰⁰, esta Corporación advirtió que la sexualidad aparece como un elemento consustancial a la persona humana, por lo que hace parte de su entorno más íntimo, que impide la intervención del Estado o de terceras personas sin la autorización de su titular.

Esta línea jurisprudencial se ha mantenido vigente. En la **sentencia T-565 de 2013**¹⁰¹, este Tribunal concluyó que las decisiones que toman los ciudadanos con respecto a su reconocimiento en la identidad y orientación sexual, hacen parte del núcleo esencial de su dignidad, libertad y autonomía. Resulta contrario a los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad cualquier conducta de un tercero encaminada a privilegiar una determinada opción de vida o a formular reproches o a imponer sanciones a quien no siga una conducta mayoritaria de identidad de género u orientación sexual.

En la **sentencia T-804 de 2014**¹⁰², la Corte reconoció de manera expresa que el núcleo esencial de la dignidad humana supone que la persona sea tratada de acuerdo a su naturaleza humana, y el Estado y los particulares deben preservar la libertad, la autonomía y la integridad física y moral de estos ciudadanos.

⁹⁹ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁰⁰ Sentencia T-435 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰¹ Sentencia T-565 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰² Sentencia T-804 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.



Este Tribunal, en la **sentencia T-909 de 2011**¹⁰³, analizó el caso de una pareja homosexual que fue reprendida por personal de vigilancia de un centro comercial, ubicado en la ciudad de Cali, por realizar manifestaciones de afecto al interior de las instalaciones de la copropiedad. En aquella oportunidad, la Corte consideró que se violaron ámbitos protegidos de la persona en sus múltiples expresiones como la libertad, la dignidad y la intimidad. De igual manera, se verificó el incumplimiento de la prohibición de discriminación por orientación sexual diversa, pues las actuaciones de los guardas de seguridad configuraron un acto de discriminación contra los accionantes, quienes fueron reprochados públicamente por haberse besado en las áreas de la copropiedad.

De igual manera, en la **sentencia T-291 de 2016**¹⁰⁴, se estudió el caso de una pareja homosexual que se encontraba en las instalaciones del mismo centro comercial que ahora también es accionado en el presente asunto, los cuales fueron abordados y reconvénidos públicamente por guardas de seguridad de la empresa aquí demandada, por cometer supuestamente actos obscenos en las instalaciones del centro comercial. En ese momento, esta Corporación estableció que se desconocieron los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación del accionante, debido al trato desigual que recibió por su orientación sexual diversa, por parte del personal de la empresa de seguridad quienes lo retuvieron, expusieron al público y expulsaron de la copropiedad.

42. De otra parte, la Corte ha considerado que quienes tienen una orientación sexual diversa hacen parte de un grupo tradicionalmente discriminado, por lo que ha construido una serie de instrumentos de protección constitucional de aplicación obligatoria a los procesos en los que se ventilen actos de trato desigual en contra de esa colectividad. En ese sentido, ante una medida o comportamiento que suponga una afectación de sus derechos, opera, por regla general, una **presunción de discriminación**, que tiene como fundamento los criterios sospechosos que sustentan los actos diferenciables perjudiciales. Quien sea acusado de incurrir en estas conductas tiene la carga procesal y probatoria de desvirtuarlo¹⁰⁵, pues en la mayoría de casos, los eventos de discriminación por razón de la orientación sexual resultan difíciles de acreditar¹⁰⁶.

¹⁰³ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁰⁴ M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁰⁵ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁰⁶ Sentencia T-098 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



Conforme a lo expuesto, la jurisprudencia de esta Corporación ha aplicado el concepto de **carga dinámica de la prueba**, instrumento procesal que traslada la obligación de probar la ausencia de discriminación a quien pretende realizar un trato diferenciado y no a quien alega la vulneración del derecho a la igualdad¹⁰⁷, pues el primero se encuentra en una posición de superioridad, lo que privilegia su capacidad para aportar los medios probatorios necesarios para asumir su defensa judicial.

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

43. La vida en sociedad y la protección de los postulados Superiores exige una serie de limitaciones básicas que garanticen su ejercicio. De esta manera, las restricciones de los derechos fundamentales más cercanas a las personas naturales son las contravenciones establecidas por el poder de Policía (autoridad encargada de establecer los comportamientos típicos contravencionales) y cuyo ejercicio corresponde a la función y actividad de Policía (autoridades encargadas del cumplimiento de las disposiciones establecidas por el poder de policía), que buscan regular el comportamiento ciudadano, con la finalidad de mantener el orden público, a través de la seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad, aspectos necesarios para el normal desarrollo de la vida en sociedad¹⁰⁸.

El establecimiento de estas limitaciones debe hacerse con plena observancia de los principios de legalidad y tipicidad de la conducta, el debido proceso en la definición de responsabilidades y la proporcionalidad en la medida de corrección¹⁰⁹.

44. En atención a lo expuesto, el Código Nacional de Policía vigente¹¹⁰, constituye un cuerpo jurídico que contiene una serie de normas dirigidas a mantener el orden público, mediante la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad pública, con la finalidad de proteger a los habitantes en su libertad y los derechos que de la misma se derivan¹¹¹.

El artículo 209 de la norma en cita, contiene las contravenciones que generan la expulsión de sitio público o abierto al público, entre las cuales se

¹⁰⁷ Sentencias T-741 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez y T-291 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁰⁸ Sentencia SU-476 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰⁹ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹¹⁰ Decreto Ley 1355 de 1970. Fue derogado por la Ley 1801 de 2016, que entrará en vigencia el veintinueve (29) de enero de 2017.

¹¹¹ Artículos 1° y 2° del Decreto Ley 1355 de 1970.



encuentran, de manera genérica, aquellas conductas que perturben la tranquilidad¹¹².

Por su parte, el Decreto 522 de 1971, que adicionó el Decreto Ley 1355 de 1970, incluyó como contravención de policía, a quien en sitio público o abierto al público, ejecute un hecho obsceno¹¹³.

45. Ahora bien, el Acuerdo 010 de 2009¹¹⁴, Manual de Convivencia del Distrito de Barranquilla, establece en el numeral 2° del artículo 36, que los ciudadanos deberán abstenerse de realizar actos que perturben la moral pública en las vías y espacios públicos. La misma norma define la moral como la adopción de comportamientos, que en la esfera de lo público y la de lo privado, conduzcan a una convivencia armónica y respetuosa de los derechos humanos¹¹⁵.

46. Recientemente, fue expedida la Ley 1801 de 2016¹¹⁶, que consagra el nuevo Código Nacional de Policía y de Convivencia. Dicha norma contiene una serie de disposiciones jurídicas de carácter preventivo, que buscan establecer las condiciones para la convivencia en el territorio nacional, mediante el cumplimiento de los deberes y las obligaciones, allí establecidos, por parte de las personas naturales y jurídicas. A su turno, también tiene como finalidad determinar el ejercicio del poder, la función y la actividad de Policía, bajo estricta observancia de la Constitución y la Ley¹¹⁷.

El artículo 33 de la mencionada norma, establece aquellos comportamientos que afectan la tranquilidad y las relaciones respetuosas entre las personas, especialmente en el espacio público o lugares abiertos al público, entre las que se encuentra realizar actos sexuales o exhibicionismo que generen molestia a la comunidad¹¹⁸.

Sin embargo, la tranquilidad en espacios públicos también se afecta por la limitación y obstrucción de las manifestaciones de afecto o de cariño que no configuren actos sexuales o de exhibicionismo con base en la raza, origen nacional o familiar, orientación sexual, identidad de género u otra condición similar¹¹⁹.

¹¹² Inciso 3° Decreto Ley 1355 de 1970

¹¹³ Artículo 44 del Decreto 522 de 1971.

¹¹⁴ Manual de Convivencia del Distrito de Barranquilla.

¹¹⁵ Artículo 36 del Manual de Convivencia del Distrito de Barranquilla.

¹¹⁶ Entrará en vigencia el veintinueve (29) de enero de 2017.

¹¹⁷ Artículo 1° de la Ley 1801 de 2016.

¹¹⁸ Literal b, numeral 2° artículo 33 de la Ley 1801 de 2016.

¹¹⁹ Literal e numeral 2° del artículo 33 de la Ley 1801 de 2016.



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

Ahora bien, el cumplimiento de las disposiciones que reglamentan el comportamiento de las personas recae en los funcionarios que ejercen función y actividad de Policía, sin embargo, debe precisarse que los particulares pueden exigir a sus pares la observancia de las mencionadas reglas de ordenación de la conducta, sin que en alguna medida dicha actuación implique la suplantación de la autoridad de Policía ni la habilitación de modos de auto justicia, pues no están investidos de función pública para hacer cumplir las normas básicas de convivencia.

Las empresas de seguridad privada, los regímenes copropiedad horizontal y su posición frente a las restricciones a los derechos fundamentales

El servicio de vigilancia privada

48. En la actualidad, la demanda de servicios de seguridad privada civil es cada vez más grande en la mayor parte de los Estados, su uso se focaliza en los lugares públicos de esparcimiento y centros comerciales, las zonas residenciales, en los espacios de trabajo y la infraestructura esencial, entre otros. Para la UNODC¹²⁰ las razones que explican esta tendencia son: i) el aumento de la delincuencia y el temor que ella inspira; ii) la falta de capacidad de la Policía para prestar ciertos servicios exigidos por los civiles; iii) la multiplicación de los bienes de propiedad privada de grandes dimensiones, como los centros comerciales, los estadios deportivos, etc.; y, iv) el riesgo, cada vez mayor, de atentados terroristas¹²¹.

Los servicios de seguridad privada civil tienen como objetivo general proteger u ofrecer seguridad a las personas, bienes, locales, emplazamientos, actos

¹²⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

¹²¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Regulación por el Estado de los servicios de seguridad privada civil y contribución de esos servicios a la prevención del delito y a la seguridad de la comunidad, Nueva York, 2014, págs. 1-2.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

públicos, de los riesgos relacionados principalmente con actividades delictivas¹²².

De esta manera, las compañías de seguridad privada son todas aquellas cuya actividad empresarial está relacionada con la prestación de servicios de seguridad, ya sean en nombre propio o de terceros¹²³.

49. En Colombia, el artículo 2º del Decreto 356 de 1994, define los servicios de vigilancia y seguridad privada como aquellas actividades que en forma remunerada o en beneficio de una organización pública o privada, desarrollan las personas naturales o jurídicas, tendientes a prevenir o detener perturbaciones a la seguridad y a la tranquilidad individual en lo relacionado con la vida y los bienes propios o de terceros.

Por su parte, el artículo 73 de la norma en cita, establece que la finalidad de los mencionados servicios, es la de disminuir y prevenir las amenazas que afecten la vida, la integridad personal o el tranquilo ejercicio de los legítimos derechos sobre los bienes de las personas que reciben su protección, sin alterar o perturbar las condiciones para el goce de los derechos y libertades públicas de la ciudadanía y sin invadir la órbita de competencia reservada a las autoridades.

En consonancia con lo anterior, el artículo 74 del mencionado decreto, dispone que uno de los principios que rige la prestación de sus servicios es el respeto por los derechos fundamentales y las libertades de la comunidad, por lo que las empresas dedicadas a esta labor deben abstenerse de asumir conductas reservadas a la fuerza pública.

50. La Corte en la **sentencia C-760 de 2002**¹²⁴, expresó que la seguridad es un fin del Estado y puede ser prestado por aquel, de manera directa o indirecta, por comunidades organizadas o por los particulares. Sin embargo, aquel se reserva la competencia para regular, inspeccionar, controlar y vigilar su prestación.

En la **sentencia C-199 de 2001**¹²⁵, esta Corporación precisó que la prestación de este servicio por parte de particulares, en modo alguno constituye la abdicación del monopolio de la fuerza en cabeza del Estado, ni una forma de sustituir a la fuerza pública en su obligación de mantener el orden público

¹²² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Servicios de Seguridad privada civil: su papel, supervisión y contribución a la prevención del delito y la seguridad de la comunidad. Viena, 2011, pág. 4.

¹²³ Código de Conducta Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada, Confederación Suiza, 2010, capítulo de definiciones.

¹²⁴ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹²⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil.



interno y proteger los derechos de los ciudadanos, pues estas competencias son indelegables. Lo que se pretende es que las instituciones privadas colaboren en la acción preventiva y disuasiva de posibles conductas delictivas que puedan afectar los derechos individuales. En todo caso, dicha actividad deberá observar los parámetros y restricciones establecidos en la Carta y la ley y estará bajo el control de las entidades públicas especializadas y competentes para tales efectos.

Este Tribunal en la **sentencia T-909 de 2011**¹²⁶, recordó que la actividad desempeñada por las empresas de vigilancia se reduce a una función de prevención de actos que atenten contra la vida, la integridad personal, los bienes dispuestos para su protección y en su caso, el delito. De esta manera, en desarrollo de tales atribuciones no pueden restringir los ámbitos de libertad reconocidos a los particulares, los cuales por demás, están limitados por los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

51. En consecuencia, las empresas de seguridad privada cumplen una función de prevención y disuasión de conductas que podrían configurar la comisión de un delito o que atenten contra los bienes que son dispuestos para su protección. En todo caso, están obligados a respetar y garantizar los derechos fundamentales y las libertades de la comunidad en general.

Sin embargo, los trabajadores de las mencionadas empresas de seguridad, pueden procurar por el mantenimiento del orden público, la convivencia y el respeto por los derechos fundamentales, mediante el uso de medidas razonables, como serían los llamados de atención, que tengan como finalidad la exigencia del cumplimiento de las normas de Policía y demás disposiciones que regulen el comportamiento social, lo cual en ningún caso implica la suplantación de funciones que sean propias de la autoridad de Policía.

La facultad previamente descrita, encuentra al menos dos (2) fundamentos constitucionalmente válidos, pues se derivan de: i) la posibilidad de que una persona particular pueda exigir de otra, con la cual tiene una relación horizontal (de pares), el cumplimiento de los deberes contenidos en determinadas normas comportamentales que permitan mantener el orden público en el lugar en el que se encuentre (por ejemplo una persona que pide a su vecino que baje el volumen de su radio, la solicitud de retiro de una zona pública o abierta al público porque ha culminado su jornada de atención, entre otras); y ii) la naturaleza misma de la función de vigilancia privada, pues aquellas prestan un servicio de prevención de conductas que alteren el orden público o que constituyan actos delictuales, y por lo tanto, ocupan un lugar

¹²⁶ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

privilegiado, en el sentido de que, en ocasiones, son los primeros que interactúan con aquellas situaciones que afectan la convivencia, y como cualquier ciudadano, pueden hacer uso de medidas tendientes a exigir el cumplimiento de las normas básicas de convivencia a quien desconoce las mismas. En todo caso, la facultad descrita, en ningún momento implica la potestad de hacer cumplir las disposiciones de Policía, pues dicha función está reservada a los funcionarios investidos de autoridad.

52. Los servicios de seguridad privada, conforme al artículo 3° del Decreto 356 de 1994¹²⁷, están regulados y vigilados por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. De igual manera, el artículo 4° del Decreto 2355 de 2006¹²⁸, establece que corresponde a esa entidad la expedición de las

¹²⁷ El artículo establece: “*Permiso del Estado*. Los servicios de vigilancia y seguridad privada, de que trata el artículo anterior, solamente podrán prestarse mediante la obtención de licencia o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad privada, con base en potestad discrecional, orientada a proteger la seguridad ciudadana.

La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada con base en esa misma potestad, podrá suspender la licencia o credencial expedida.”

¹²⁸ ART. 4°—**Funciones de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.** Para el cumplimiento de los objetivos previstos la superintendencia, como ente responsable de dirigir, coordinar y ejecutar las funciones de inspección, vigilancia y control sobre los servicios de vigilancia y seguridad privada que se desarrollen en el territorio nacional, cumplirá con las siguientes funciones:

Funciones de reglamentación y autorización

1. Expedir la reglamentación relacionada con la utilización de equipos, medios y elementos utilizados por los vigilados para el desarrollo de sus labores de vigilancia y seguridad privada.
2. Expedir las licencias de funcionamiento, credenciales y permisos a los prestadores de servicios de vigilancia y seguridad privada.
3. Desarrollar y aplicar mecanismos para evitar que personas no autorizadas presten servicios de vigilancia y seguridad privada.
4. Autorizar, llevar un registro y ejercer control sobre los equipos armados que se emplean en la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada.

Funciones de asesoría y coordinación

5. Asesorar al Gobierno Nacional en la formulación de la política en materia de vigilancia y seguridad privada.
6. Colaborar con los organismos de seguridad y entidades del Estado, en el diseño y el desarrollo de planes y programas de seguridad ciudadana.
7. Desarrollar y aplicar mecanismos de coordinación entre los servicios de vigilancia y seguridad privada y la Policía Nacional.

Funciones de información

8. Desarrollar y administrar un sistema de información detallado respecto de los riesgos que genera la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada objeto de su competencia.
9. Llevar el registro de las organizaciones prestadoras de servicios de vigilancia y seguridad privada.
10. Mantener informada a la ciudadanía sobre los alcances de las actividades o servicios de vigilancia y seguridad privada y sobre las obligaciones de las personas naturales y jurídicas autorizadas para desarrollarlas.
11. Organizar y establecer una red de comunicación permanente con los organismos de seguridad del Estado, con la finalidad de intercambiar información para agilizar los trámites y optimizar la calidad de dicha información sobre los vigilados.
12. Establecer sistemas de evaluación del desempeño de los entes vigilados y hacer transparente la calidad del servicio que prestan.

Funciones de instrucción

13. Instruir a los vigilados sobre las disposiciones que regulan su actividad, fijar criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.



respectivas licencias de funcionamiento, credenciales y permisos, así como la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales que regulan el servicio de vigilancia y seguridad privada.

La SuperVigilancia ha establecido los siguientes protocolos en materia de procedimientos para el desempeño del servicio de seguridad privada, los cuales son de obligatorio cumplimiento por parte de los vigilados: i) operación de servicios de vigilancia electrónica; ii) operación de servicios de vigilancia y seguridad privada para el sector residencial; y iii) operación de servicios de vigilancia y seguridad privada para el sector financiero.

De igual manera, esa entidad ha desplegado un gran esfuerzo institucional tendiente a que las empresas vigiladas respeten y garanticen la efectividad de los derechos fundamentales, especialmente de la población LGBTI.

En ese sentido, emitió la Circular Externa número 20157000000195, el siete (7) de septiembre de 2015, con la finalidad de:

“(...) garantizar el respeto a la dignidad humana, los derechos fundamentales, el derecho a la igualdad y la no discriminación, teniendo

Funciones de vigilancia e inspección

14. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales que regulan el servicio de vigilancia y seguridad privada.

15. Coordinar con la dirección general de la Policía Nacional, con el Comando General de las Fuerzas Militares y otras entidades estatales, el apoyo en la realización de visitas de inspecciones y demás actividades relacionadas con la prestación de los servicios vigilados por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

Funciones de investigación

16. Interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el procedimiento judicial, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones de inspección e investigación.

17. Adelantar averiguaciones y obtener los elementos materiales probatorios que requiera de personas, instituciones o empresas, ajenas al sector de la industria de la vigilancia y la seguridad privada, siempre que resulten necesarias en el desarrollo de su función de inspección, vigilancia y control y se cumplan las formalidades legales.

18. Adelantar las investigaciones y diligencias necesarias conforme a la ley, por infracciones a las normas que regulan los servicios de vigilancia y seguridad privada e imponer los correctivos y sanciones del caso, según la reglamentación aplicable.

19. Ejercer funciones de policía judicial en la medida que lo requiera el cumplimiento del objeto misional de acuerdo con lo previsto en las normas vigentes.

Funciones de sanción

20. Imponer multas, medidas cautelares y sanciones, tanto a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de los vigilados sin contar con la debida autorización, como a los vigilados que incurran en irregularidades, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto se expida.

Funciones de trámites

21. Atender los reclamos de la ciudadanía sobre los servicios de vigilancia y seguridad privada prestados por los vigilados y las denuncias sobre la prestación de estos servicios por personas naturales o jurídicas no autorizadas.

22. Adelantar una gestión adecuada de las peticiones quejas y reclamos para identificar fallas recurrentes por parte de los prestadores de servicios de vigilancia y seguridad privada.

en cuenta los postulados previstos en la Constitución Nacional (sic), la Ley 1482 de 2011 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia (...) los servicios de vigilancia y seguridad privada deberán adoptar las medidas necesarias para prevenir y atender de forma adecuada los hechos o situaciones relacionadas con las personas con orientación sexual e identidad de género diversa (LGBTI), en los sitios y espacios donde se preste el servicio y adoptar procedimientos internos en tal sentido, o en su defecto aquellos que se requieran para sancionar actos de discriminación directa o indirecta, que puedan cometer el personal vinculado a los sujetos sometidos a Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia.”

De la misma forma, recientemente profirió la Circular Externa número 20167000000235 del tres (3) de octubre de 2016, en la que, con base en su pertenencia al Pacto Global de las Naciones Unidas, estableció parámetros regulatorios sobre la protección de los derechos humanos y otras materias en el servicio de vigilancia, fundadas en las recomendaciones contenidas en el Código Internacional de Conducta para Servicios de Seguridad Privada.

53. En resumen, los servicios de seguridad privada se encuentran regulados y vigilados por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, quien tiene competencia de inspección, vigilancia y control sobre las empresas que hacen parte de dicho sector. Esa entidad ha desarrollado una labor regulatoria en materia de protección de derechos fundamentales, especialmente de la población LGBTI, mediante la expedición de actos administrativos que son de obligatorio cumplimiento por parte de las personas jurídicas vigiladas.

Los regímenes de propiedad horizontal

54. Las copropiedades que se destinan para usos comerciales, están sometidas a la regulación contenida en la Ley 675 de 2001. El artículo 3º de la norma en cita, define el reglamento de propiedad horizontal como el estatuto que regula los derechos y obligaciones específicas de los copropietarios de un edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal.

En el artículo 2º de la mencionada ley, establece como principio orientador de la vida en comunidad, el respeto de la dignidad humana por parte de los órganos de administración y los copropietarios.

Por su parte, la Corte ha considerado que los reglamentos de propiedad horizontal pueden regular con cierta autonomía los derechos e intereses de la copropiedad, sin embargo, no pueden negar los derechos de los terceros que, en relación con centros comerciales, transitan o visitan sus instalaciones para



desarrollar alguna actividad diferente al de la copropiedad. En efecto, se trata de superficies que asumen responsabilidades por la oferta diversificada de comercio, entretenimiento, alimentos, entre otros, la cual está dirigida a los visitantes y los clientes, y que se materializa en la habilitación de entornos comunes para el ejercicio de derechos de toda índole, inclusive los fundamentales¹²⁹.

Caso concreto

55. Los actores formularon acción de tutela contra las sociedades accionadas, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación, generada por la reconvención y expulsión del centro comercial Portal del Prado P.H., realizada por un guarda de seguridad de la empresa de vigilancia demandada, debido a que supuestamente realizaron manifestaciones de afecto y por su orientación sexual diversa.

De las pruebas que obran en el expediente, la Sala pudo establecer que el día en que ocurrieron los hechos se presentaron al menos dos (2) momentos en los que el personal de seguridad de la empresa accionada le solicitaron a los accionantes retirarse de la copropiedad. Ahora bien, las razones de dicha determinación son objeto de discusión judicial en el presente asunto y configuran el centro del estudio de fondo que debe realizar la Corte, pues para los actores, la mencionada decisión se fundamentó en su orientación sexual diversa y la manifestación de afecto expresadas mutuamente, y para las empresas demandadas, la petición de retiro de los jóvenes se produjo con ocasión del cierre del establecimiento de comercio.

En ese sentido, la Sala debe determinar las verdaderas circunstancias de tiempo, modo y lugar, según los argumentos presentados por los accionantes y las empresas demandas, así como de las pruebas que fueron oportunamente allegadas al proceso.

Conforme a lo anterior, para efectos metodológicos la Sala abordará el análisis independiente de las situaciones previamente descritas, con la finalidad de establecer las eventuales vulneraciones de los derechos invocados por los demandantes.

¹²⁹ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



La reconvencción de los guardas de seguridad de la empresa accionada a una pareja con orientación sexual diversa por manifestaciones públicas de afecto realizadas dentro de las instalaciones de la copropiedad demandada

56. Está Sala encuentra acreditado en el proceso que el lunes dieciocho (18) de enero de 2016, los accionantes se encontraban en el centro comercial accionado sobre las 8:00 p.m., cuando fueron abordados por un vigilante que los reconvino por las expresiones de afecto que mutuamente se prodigaban, las cuales se materializaron en besos.

Los documentos audiovisuales que fueron aportados por los accionantes y a los cuales la Sala les otorga pleno valor probatorio, pues no fueron objeto de reparos ni tachas por parte de los demandados, dan cuenta de la actuación del guarda de seguridad, quien desde el comienzo de la grabación les solicita a los accionantes que se retiren del centro comercial, pues los besos que se daban constituían una conducta que no podía permitirse en las instalaciones de la copropiedad.

En efecto, en varios momentos del video el vigilante, al percatarse que la pareja de jóvenes se besaban, les expresó: *“O sea esto es un centro comercial, colabórame, retírate por favor (...)”*¹³⁰; *“Estas ahí con tu pareja, están ahí sentados, mira como están ahí (...)”*¹³¹; *“(...) Esto es un centro comercial, aquí no se puede permitir eso, eso lo puedes hacer en otra parte.”*¹³²

57. Las manifestaciones de afecto que los demandantes expresaron con un beso, no configuran supuestos fácticos sancionados legalmente por las autoridades públicas, pues no implicaron actos de un alto contenido íntimo, sexual o de naturaleza obscena, proscritos por el Legislador, pues aquellos afectan el orden público y la convivencia pacífica, y habilitarían a los vigilantes privados, como a cualquier particular, para exigir el cumplimiento de las normas básicas de comportamiento, mediante medidas de acción proporcionales como sería un llamado de atención.

En ese sentido, los besos y otras manifestaciones de afecto (como sería cogerse de la mano, caricias faciales y palabras cariñosas, etc.) entre las parejas que se quieren entre sí, los padres e hijos, etc., sean heterosexuales o de orientación sexual diversa, son la más genuina expresión de la naturaleza

¹³⁰ Minutos 0:10 de la grabación aportada por la Empresa VIDELCA que obra a folio 60 del cuaderno de revisión.

¹³¹ Minutos 0:20 de la grabación aportada por la Empresa VIDELCA que obra a folio 60 del cuaderno de revisión.

¹³² Minutos 01:11 al 01:20 del video aportado por la empresa VIDELCA que obra a folio 60 del cuaderno de revisión.



humana, de los sentimientos que surgen a partir de una elección específica de vida, amparada por el ejercicio de su libertad individual, su dignidad, su libre desarrollo de la personalidad y el derecho a no ser molestado en sus esferas más íntimas de existencia, lo que les permite realizarlo públicamente y no de manera escondida u oculta.

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

Por el contrario, como quedó expuesto en capítulos precedentes, existe una obligación constitucional, legal y reglamentaria de los vigilantes privados en la garantía de los derechos fundamentales de las personas que se benefician de sus servicios, los cuales se extienden a los terceros que son destinatarios de sus funciones, como sería el caso de los visitantes de los centros comerciales. Por tal razón, no podían restringir los ámbitos *ius fundamentales* de los demandantes, pues generaron un déficit de protección en las opciones de libertad individual, que se concretó en el reproche infundado a las manifestaciones de afecto entre sí, y en la injustificada solicitud de abandonar las instalaciones del centro comercial.

En suma, se pudo acreditar que la conducta del guarda de seguridad configuró una violación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal, invocados por los accionantes, la cual tiene vocación de permanencia en el tiempo, debido a que sus efectos se proyectan en la actualidad y generan la necesidad de que el juez de tutela intervenga para hacer cesar las vulneraciones expuestas, y garantice la no repetición de estas conductas en contra de los peticionarios.

58. La Sala considera que la conducta del guarda de seguridad generó la responsabilidad directa de la empresa de servicios de seguridad privada y del centro comercial accionadas, por las siguientes razones:

i) Se trató del hecho de un dependiente de la sociedad de vigilancia demandada que además, prestaba sus servicios en beneficio de la copropiedad accionada;



ii) Los hechos sucedieron al interior del centro comercial, espacio en el que las empresas accionadas tenían el pleno control de la situación y sin embargo, no desplegaron ninguna actividad para evitar la consumación de las vulneraciones a los derechos de los demandantes, por parte de uno de los vigilantes.

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

iv) La reconvencción realizada por el guarda de seguridad a los accionantes, carece de sustento constitucional y legal por las siguientes razones: i) se trató de una manifestación de afecto que en ningún caso implicó un acto sexual, obsceno o de contenido íntimo muy alto según las normas de Policía, que atentara contra la convivencia o el orden público, por lo que la misma no configuró una conducta prohibida o sancionada típicamente; y, ii) el vigilante, la empresa y el centro comercial accionados, tenían la obligación de tolerar ese acto de cariño, sin consideración a la orientación sexual de quienes lo realizaron, sin embargo, aquella fue desatendida por los demandados.

v) Las empresas accionadas, no acreditaron la existencia de protocolos específicos para los procedimientos que deben adelantar los guardas de seguridad, cuando se enfrentan a las situaciones que implique la afectación de los derechos de la población LGBTI, como las que sustentan la solicitud de amparo de la referencia, a pesar de la existencia de Circulares expedidas por la SuperVigilancia y de cursos que dicen haber recibido por la Defensoría del Pueblo y la Corporación Caribe Afirmativo sobre estos asuntos.

59. Ahora bien, está probado en el expediente que los accionantes expresaron su orientación sexual diversa, condición que los ubica en un grupo de especial protección, debido a la discriminación histórica y sistemática que ha sufrido esa colectividad, por los miedos y los prejuicios sociales y morales que carecen de fundamentos razonables¹³³, por lo que el presente asunto reviste una especial trascendencia constitucional.

¹³³ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

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

60. La aplicación de la presunción de discriminación por la orientación sexual diversa tiene la naturaleza de acción afirmativa procesal ante la dificultad probatoria que se presenta en estos casos. Bajo ese entendido, dicho instrumento permite, mediante la utilización de criterios de diferenciación positiva, suponer que ha operado un trato desigual con efectos nocivos en materia de garantía de los derechos fundamentales de la población LGBTI, por lo que corresponde al supuesto infractor demostrar que su actuación no configuró un desconocimiento al principio de igualdad.

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

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

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



61. En el presente asunto, no obstante que las empresas accionadas negaron enfáticamente la intención de discriminar por razón de la orientación sexual a los accionantes, la Sala considera que dicha afirmación carece de sustento fáctico y probatorio como pasa a verse a continuación:

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

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

ii) Adicionalmente, la prueba documental audiovisual que obra en el expediente, permite acreditar que el guarda de seguridad reprochó las manifestaciones de afecto de la joven pareja, pues consideró sin ninguna justificación razonable, que los accionantes no podían besarse al interior del centro comercial y por tal razón debían retirarse de sus instalaciones.

iii) Para este especial momento, las explicaciones ofrecidas por las empresas demandadas, relacionadas con el retiro de la joven pareja del centro comercial con base en el proceso de cierre del establecimiento, carecen de sustento demostrativo, pues en el material audiovisual aportado por las partes, el guarda de seguridad, en ninguna oportunidad justificó la solicitud de abandono de los accionantes de la copropiedad, en la clausura de la atención al público del centro comercial, sino que, por el contrario, se enfocó en la manifestación de afecto que la pareja había realizado.

62. La Sala estima que en el presente asunto si está acreditada la discriminación por la orientación sexual diversa de los accionantes, pues la actuación del vigilante estuvo motivada por la condición sexual de los demandantes, criterio que esta Corporación ha considerado como **sospechoso**, además **carece de toda justificación** pues con la misma no se buscó alcanzar un fin constitucionalmente imperioso y, por el contrario, el reproche a las manifestaciones de afecto de la pareja diversa constituyó una vulneración a sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, **produjo un trato desigual**, puesto que el análisis del material probatorio que obra en el expediente, permite concluir que el guarda de seguridad no realizó esa misma reconvención a otras parejas



de condición heterosexual, y que además, por tal motivo, les pidiera que se retiraran del centro comercial, y finalmente **configuró un perjuicio**, en el ejercicio de los derechos fundamentales invocados por los accionantes.

63. Ahora bien, la Sala resalta que la situación que dio origen a la acción de tutela de la referencia, no constituye prueba de una violación masiva y sistemática de los derechos fundamentales de la población LGBTI por parte de las empresas demandadas, sino que, se trató de un caso singular y aislado de violación de derechos fundamentales y de discriminación por la orientación sexual diversa de los demandantes. Además, no trascendió a personas ajenas a los involucrados en el suceso, pues de la prueba aportada al expediente no se observa que los reproches y la solicitud de retiro se hayan realizado en presencia de otros visitantes del centro comercial.

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

La solicitud de los guardas de seguridad a los accionantes de retirarse del centro comercial por encontrarse en proceso de cierre

64. Como previamente se advirtió, los hechos probados en el proceso dan cuenta de un segundo suceso en el que están involucrados los accionantes y los guardas de seguridad de la empresa de vigilancia privada accionada. En esta oportunidad, que se presentó con posterioridad al reproche realizado por otro vigilante, por las manifestaciones de afecto entre la pareja, los jóvenes fueron abordados por otro guarda, que les avisa sobre el proceso de cierre general del centro comercial, por lo que deben abandonar el lugar en el que se encuentran.

65. Frente a este hecho, la Sala considera que no se produjo vulneración alguna en los derechos fundamentales invocados por los demandantes, como pasa a verificarse a continuación:

- i) Los hechos ocurrieron sobre las 8:27 p.m. del día lunes dieciocho (18) de enero de 2016;
- ii) El horario de cierre general del centro comercial para esa fecha era a las 8:00 p.m.;



iii) Los demandantes se encontraban en una zona pública cuyo cierre al público operó a las 8:00 p.m., razón por la cual estaban en la obligación de retirarse de aquella área, con fundamento en razones de seguridad para la copropiedad y para ellos mismos;

iv) La actuación del vigilante estuvo ajustada a los protocolos establecidos por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, pues consistió en informar a los accionantes sobre el cierre del centro comercial y la necesidad de que abandonaran el lugar en el que se encontraban. En ningún momento se evidenció que dicha situación se desarrollara de manera irrespetuosa o con extralimitación de sus funciones y competencias;

v) Los demandantes aceptaron las razones expuestas por el guarda en relación con la necesidad de retirarse del lugar en el que estaban ubicados, pues se encontraba en proceso de cierre, y además, no manifestaron haber sido objeto de alguna forma de discriminación por razón de su orientación sexual durante este procedimiento¹³⁴.

66. En resumen, la actuación desplegada por los vigilantes en este segundo momento, no configuró una vulneración a los derechos fundamentales de los demandantes, pues la misma no tuvo como fundamento la orientación sexual diversa de los accionantes, sino la hora de cierre ordinaria de la copropiedad, por lo que no constituyó un criterio sospechoso, estuvo fundamentada en la necesidad del cierre del establecimiento comercial; no generó un trato desigual, pues todos los visitantes están en la obligación de abandonar las instalaciones cuando ha terminado el horario de atención al público; y, finalmente, no causó un perjuicio para la pareja de jóvenes. Esta situación impide además, dar aplicación a la presunción de discriminación por la orientación sexual diversa de los peticionarios.

De esta manera, la Sala aprecia que la conducta desplegada por el guarda de seguridad tuvo una intención de corrección del comportamiento arbitrario y reprochable desplegado previamente por su compañero de trabajo. Sin embargo, esta situación no implica la reparación de los perjuicios causados por el acto de discriminación ocasionado a los demandantes por el primer vigilante.

Órdenes

67. Conforme a lo expuesto, esta Sala revocará la sentencia de segunda instancia, proferida dentro del trámite de tutela y en su lugar, tutelar los

¹³⁴ Minuto 2:52, 3:42; 4:02 del documento audiovisual que obra a folio 51 del cuaderno de revisión.



derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la igualdad y a la garantía de no discriminación por razón de su orientación sexual diversa, invocados por los accionantes.

Como medida de reparación por los perjuicios ocasionados a los demandantes y el restablecimiento, en el mayor grado posible, de sus derechos fundamentales invocados, la Sala ordenará a las empresas accionadas a ofrecer una excusa escrita y privada a los peticionarios, por los hechos que dieron origen a la acción de tutela de la referencia y las vulneraciones a sus derechos fundamentales invocados en la misma.

De igual manera, la Sala considera que como medida preventiva para evitar la repetición de los actos de discriminación descritos previamente, ordenará compulsar copias de todo lo actuado a la mencionada entidad, en atención a las funciones de inspección, vigilancia y control que ejerce la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, y con base en la Circular Externa número 20157000000195 del siete (7) de septiembre de 2015, para que dentro de sus competencias, si fuera procedente, adelante las investigaciones correspondientes contra la empresa de seguridad privada accionada, por los hechos que dieron origen a la solicitud de amparo de la referencia.

De otra parte, la Sala no accederá a las pretensiones de condenar pecuniariamente a las empresas demandadas como fue solicitado por los accionantes, pues no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 25 del Decreto Ley 2591 de 1991, es decir, que: i) el afectado no disponga de otro medio judicial; y, ii) la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria.

En el presente asunto, la Corte considera que el restablecimiento de los derechos fundamentales invocados por los peticionarios se alcanza con la presentación de las excusas mencionadas previamente y además, los demandantes cuentan con otros mecanismos judiciales para lograr la respectiva reparación económica.

Adicionalmente, la Corte no accederá a las pretensiones de los actores en materia de ordenar la realización de cursos de derechos humanos por parte de las empresas accionadas, así como la difusión del presente fallo, por considerar que las medidas adoptadas previamente por la Sala para conjurar las vulneraciones a los derechos fundamentales que fueron acreditadas en esta providencia, son suficientes, idóneas y eficaces para alcanzar los fines de la presente acción de tutela, en especial, la garantía de no repetición.

68. La Sala encontró acreditada la procedencia general de la acción de tutela contra dos empresas de derecho privado, debido a la responsabilidad que les asiste por el hecho de sus dependientes. Por tal razón, asumió el estudio de la acción de tutela y respondió al problema jurídico formulado relacionado con la vulneración de los derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la igualdad y a la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual diversa de los accionantes, de la siguiente manera:

a. La dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad personal, configuran los elementos básicos para que una persona pueda desenvolverse en sociedad¹³⁵, pues constituyen los baluartes que garantizan el ejercicio de la libertad y la autonomía individual, sin la intervención de terceros ajenos al fuero íntimo de cada sujeto de derechos.

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

c. Las empresas de vigilancia privada, las comunidades afectadas al régimen de propiedad horizontal, y sus trabajadores, como cualquier ciudadano, pueden realizar actuaciones tendientes a exigir el cumplimiento de las normas básicas de convivencia contenidas en las respectivas disposiciones de Policía, más no pueden pretender hacerlas cumplir por sus propios medios, pues dicha facultad está reservada a los funcionarios investidos de autoridad.

d. En el caso concreto, se acreditó que el reproche y la consecuente solicitud de abandono del centro comercial, realizada por un vigilante a los accionantes, por las manifestaciones de afecto que realizaban entre sí, comportó una vulneración a los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal de los demandantes. De igual forma, configuró un acto de discriminación por la orientación sexual diversa de los peticionarios.

e. No obstante lo anterior, la solicitud de retiro del lugar realizada por otro guarda de seguridad a los actores, por encontrarse la copropiedad accionada en proceso de cierre, no configuró la vulneración de los derechos

¹³⁵ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



fundamentales invocados por los demandantes, pues fue una conducta justificada en los protocolos de la empresa y en las directrices de la Superintendencia Vigilancia y Seguridad Privada, y en todo caso, no constituyó un acto de discriminación por la orientación sexual diversa de los accionantes.

Decisión

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia del dieciocho (18) de abril de 2016, proferida en segunda instancia por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla, que negó la acción de tutela promovida por los accionantes. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal, a la igualdad y la prohibición de discriminación por la orientación sexual diversa de Byron David Gutiérrez Pájaro y Rafael Enrique Salgado Pinedo.

Segundo: ORDENAR a los representantes legales del centro comercial Portal del Prado P.H. y de la empresa de seguridad VIDELCA Ltda. que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, presenten excusa escrita y privada a Byron David Gutiérrez Pájaro y Rafael Enrique Salgado Pinedo, por los hechos que dieron origen a la acción de tutela de la referencia y las vulneraciones a sus derechos fundamentales invocados en la misma.

Tercero: COMPULSAR copias a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, para que dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales, y si fuera procedente, adelante las investigaciones correspondientes en contra de la empresa de seguridad VIDELCA Ltda., por los hechos que dieron origen a la solicitud de amparo de la referencia.

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

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



GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

AQUILES ARRIETA GOMEZ
Magistrado (E)
Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General