

EL DERECHO A LA IGUAL ENTRE PARTICULARES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

Deyson Javier Santa Rodríguez

1 INTRODUCCIÓN

El derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política establece que “[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

No existen dudas respecto de que las autoridades públicas están obligadas por el artículo 13 y, por tanto, que tienen prohibido discriminar. Lo que sí pueden hacer las autoridades públicas es establecer acciones afirmativas de discriminación inversa para, de acuerdo con el artículo 13, promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”¹. Así, por ejemplo, cuando una Universidad Pública establece un número mínimo de cupos para determinada población, es decir, creando una medida que excluye a un grupo en específico. Allí lo hace en aplicación al principio de igualdad, que se traduce en una acción afirmativa de discriminación inversa, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia, en tanto que, “están expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables.”²

¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia Nro. C-091 del 15 de febrero de 2017. Magistrado Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia Nro. C-371 del 29 de marzo de 2010. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Ahora bien, para definir si una determinada acción estatal viola el derecho a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha definido que la cuestión se debe analizar mediante un juicio o test³ de igualdad. El propósito de este test, en concreto, consiste en establecer si la medida (esto es la diferenciación creada por la medida) resulta o no razonable.

Debe recordarse que, *prima facie*, y como consecuencia del principio democrático⁴ y la libertad configurativa del legislador, las distinciones elaboradas en la ley se presumen constitucionales por lo que quien las demande como violatorias del derecho a la igualdad le corresponde la carga de demostrar la inexecutable de la medida mediante un test básico de razonabilidad⁵. En estos casos sí se concluye que la medida apunta a un fin constitucional permitido (i.e no expresamente prohibido por las normas constitucionales) y que la distinción resulta potencialmente adecuada para lograr ese fin, la distinción acusada es razonable y, por tanto, no viola del derecho a la igualdad.

Sin embargo, en aquellos casos en que a) se emplee una categoría sospechosa, b) la medida recaiga de sujetos de especial protección; c) se afecte el goce de un derecho constitucional

³ “...El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve.”(COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia Nro. C-015 del 23 de enero de 2014. Magistrado Ponente: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.)

⁴ “...el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas...” (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia Nro. C-015 del 23 de enero de 2014. Magistrado Ponente: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.)

⁵ “Debe evitarse cualquier confusión entre el uso del principio de proporcionalidad en este trámite y el test integrado de razonabilidad. El primero es la herramienta generalmente utilizada para evaluar la validez de cualquier restricción, limitación o intervención en los derechos fundamentales, y se compone (siempre) de los sub principios de idoneidad o adecuación de la medida para alcanzar el fin propuesto, necesidad o ausencia de alternativas menos lesivas de los principios en tensión y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación entre los beneficios que se esperan de la medida a favor de un principio, en comparación con la forma en que afectan o restringen otro de tales mandatos. El test integrado de razonabilidad se dirige exclusivamente al estudio de medidas legislativas que implican un trato desigual y, en ese ámbito, considerando los complejos matices del principio de igualdad y el alcance del margen de configuración que posee el Congreso de la República, en función al área de regulación, la Corte ha planteado que el estudio de igualdad puede tener distintas intensidades.” (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia Nro. C-091 del 15 de febrero de 2017. Magistrado Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Cit. Nro. 90.)

fundamental; y d) se cree un privilegio⁶, la presunción se invierte y, por tanto, la distinción se presume inconstitucional. En tales casos, para que la norma se considere constitucional se debe evidenciar, mediante un test estricto de razonabilidad, que la misma persigue un fin constitucional imperioso (i.e que se base en un mandato constitucional explícito), que la medida sea adecuada (es decir, que se logre con alto grado de probabilidad el fin perseguido por la medida) y que sea necesaria en el sentido que no existan medidas menos gravosas.

Por último, se debe emplear un test intermedio en aquellos casos en que las normas a) afecten el goce de un derecho constitucional no fundamental, b) existan indicios de arbitrariedad que se reflejen en la grave afectación de la libre competencia y c) generen dudas fundadas en relación con la “afectación del goce de un derecho fundamental”⁷.

Sin embargo, la cuestión es distinta cuando se trata de relaciones entre particulares. Al respecto surge el problema si es válido exigir que los particulares observen el principio de igualdad en sus relaciones. Lo que nos lleva, en particular a dos cuestiones: ¿Puede exigirse el principio de igualdad en las relaciones entre particulares? y en tal caso ¿Qué criterios justifican exigir a los particulares la observancia del principio de igualdad en sus relaciones?

En razón a lo expuesto, la presente investigación pretende describir cómo la Corte Constitucional Colombiana a través de su jurisprudencia ha abordado las relaciones entre particulares donde se comprometa el derecho a la igualdad y de qué forma ha resuelto esa problemática, si deben o no deben acudir a evaluar la constitucionalidad de su medida bajo los postulados del test de igualdad.

Para ello, a través de la relatoría de la Corte Constitucional Colombiana, se procederá a identificar sentencias de revisión de tutela, con las palabras claves: principio de igualdad entre particulares, derecho a la igualdad entre particulares, categorías sospechosas, eficacia horizontal de los derechos fundamentales, eficacia directa e indirecta de los derechos

⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia Nro. C-404 del 19 de abril de 2001. Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia Nro. C-404 del 19 de abril de 2001. Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

fundamentales, eficacia mediata e inmediata de los derechos fundamentales, procedencia de la acción de tutela contra particulares, relaciones entre particulares, principio de discriminación entre particulares, orientación sexual, limitación física, conjunto residencial, contrato de seguro, posición dominante, autonomía de la voluntad y centro comercial. Para identificar casos, donde los hechos involucren a sujetos solamente particulares, que hayan adoptados medidas con tratos diferenciados que afecten a su destinatario.

Una vez identificados los casos que fueron revisados por la Alta Corporación en lo Constitucional, se clasificó cada caso, bajos los ítems de: Número de Sentencia en orden ascendente por año; Resumen de los hechos; identificación de si aplicó el Test de Igualdad o no para la solución del caso; sí lo hizo, qué nivel de test aplicó y cómo lo hizo; sí no lo aplicó, cómo resolvió el caso; sujetos involucrados y tipo de discriminación o razón de la diferenciación.

Clasificación que permitió establecer que hasta el año 2001, en la sentencia t-1082, se utilizó por primera vez el test de igualdad para dar razones que demostraban el trato desigual. Hasta el año 2012 nuevamente fue utilizado en las sentencias Nros. t-248 y t-698. De allí en adelante en las sentencias t-1090 de 2005, t- 291 de 2016, y t-030 de 2017, se menciona en la *obiter dictum* el test aplicado en las sentencias t-1082/01, y t-248 de 2012, respectivamente, pero en la *ratio decidendi* se desarrolla un discurso abierto sobre el principio de no discriminación, que igualmente en el fondo se trata de un ejercicio de proporcionalidad, pero sin ningún método preestablecido. Así mismo, el análisis del problema abordado permitió concluir que, al aumentarse el uso del test de igualdad, por parte de los operadores jurídicos, se genera mayor seguridad jurídica; pues el operador analizará la medida de una manera ordenada, a través de un discurso argumentativo coherente, objetivo y lógico, sin que se desborde en las razones que sustenten su fallo.

Ahora, en torno a la solución que debe darse a los problemas contemporáneos del Derecho Constitucional en Colombia, esta investigación será de gran utilidad para que los destinatarios de la norma Constitucional, cuenten con herramientas idóneas capaces de orientar sus actos y así evitar una posible vulneración al principio de la igualdad o que se

restrinja la autonomía a la libertad, ya que al ser precisamente una norma con estructura de principio, se torna compleja su aplicación en la práctica.

2 RESULTADOS

Se identificaron veintitrés (23) casos en que se discutió el contenido del principio del derecho a la igualdad por hechos que involucraban solamente a particulares, y que llegaron a través de la acción de tutela para ser revisados por la Corte Constitucional Colombiana.

2.1 El Abuso de la Posición Dominante

El derecho a la igualdad puede ser vulnerado a través del abuso de la posición dominante. Esta situación ocurre cuando una persona que se encuentra en una posición de ventaja respecto determinada circunstancia busca desmejorar las condiciones de otra sin importar las condiciones de desventaja de aquella, a fin de obtener un beneficio individual. Entonces, si un particular hace uso de su posición dominante para obtener un beneficio propio, sin importar que el otro se encuentra en una posición de la cual no puede superar por razón a las circunstancias que lo rodea o de las que aquel manipula, se puede señalar que efectivamente está transgrediendo el principio del derecho a la igualdad, sin que sea necesario tener la calidad de autoridad o estar actuado como agente del Estado. Situación que se refleja en la subordinación o indefensión⁸, la cual se traduce en posición dominante.

Este Concepto de fue desarrollado en las siguientes sentencias. Primero, en la sentencia T-412 de 1992, con ponencia del Magistrado ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, la Corte Constitucional revisó un caso en el que una ciudadana, fue sorprendida en su lugar de trabajo por su acreedor, “disfrazado de “chepito”, con la inscripción "deudor moroso", cuyo fin es colocar a la persona -que tiene una obligación pendiente- en ridículo frente a los demás para de esta forma obligarla a cumplir con sus créditos”. La Alta Corporación determinó que

⁸ **Subordinación:** “...alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen...” **Indefensión:** “...esta situación se presenta, de manera general, cuando el demandante no tiene posibilidades ni de hecho ni de derecho para defenderse de una agresión injusta por parte del demandado...”. (COLOMBIA. Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. Sentencia Nro. T-375 del 14 de agosto de 1997. Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.)

allí había un estado de indefensión, al ser la persona constreñida, mediante una conducta ilícita, a realizar el pago de una obligación.

Aunque en el referido caso no se discutió el derecho a la igualdad, sí fueron abordados los temas de interés para la presente investigación como lo son: i) procedencia de la acción de tutela contra particulares y, ii) la justicia ejercida por particulares. Donde determinó para el primero que allí había un estado de indefensión, al ser la persona constreñida, mediante una conducta ilícita, a realizar el pago de una obligación. En cuanto a la justicia ejercida por particulares, recordó que es una potestad única del Estado, y cuando el particular se atribuye esa facultad, constituye una contravención especial denominada "Ejercicio arbitrario de las propias razones".

Luego en la sentencia t-375 de 1997, con ponencia del Magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, la Corte Constitucional resolvió un caso en el la empresa TERPEL tomó la decisión de suspenderle la venta de parafina, a un microempresario, debido a que aquel lo denunció ante la FGN por alteración de pesos y medidas. El problema jurídico se abordó: “¿se vulnera el derecho a la igualdad al ejercer la posición dominante que ejerce en el mercado local Terpel al abstenerse de suministrarle un producto - que públicamente ofrece a todos - a un pequeño empresario para el que constituye su principal materia prima, sólo porque éste último denunció y comprobó ante las autoridades inexactitudes en su pesaje?” Se resolvió tutelando el derecho a la igualdad y al trabajo, y se ordenó a TERPEL SUR S.A. poner término a la conducta asumida frente al demandante. A su vez recordó, “...Entre los particulares el contenido de un derecho fundamental, no siempre se plantea en idénticos términos a los referidos en los casos en los que el Estado es el sujeto que perpetra la lesión...”

Por último, de manera muy tímida la Corte Constitucional, en sentencia Nro. t-808 de 2003, con ponencia del Magistrado ALFREDO BELTRÁN SIERRA, desconoció el derecho de “reserva de admisión” de la Asociación Scout de Colombia, con ocasión a los siguientes hechos: *“Desde hace veinticuatro (24) años, el actor ha pertenecido a la Asociación Scout de Colombia, ocupando distintos cargos de liderazgo y jerarquía. Pero luego de ser conocida su condición de orientación sexual homosexual, el Consejo Scout Nacional, que una vez lo*

acogió como miembro, ejerciendo el derecho de “reserva de admisión”, decretó “su expulsión”, con fundamento en el artículo 14 numeral 4 de los estatutos y el artículo 36 del P.O.R (Política, Organización y Reglamentos).” Para lo cual se originó el problema jurídico consistente en: “¿establecer si la Asociación Scout de Colombia, entidad privada, podía, sin desconocer derecho fundamental alguno del señor Edgar Eduardo Robles Fonnegra, tomar la decisión de no renovar su inscripción como Scout.?” Apelando a que: “La Corte ha precisado que la prevalencia de los derechos fundamentales, está por encima de cualquier disposición de naturaleza legal o reglamentaria, así cuando alguna decisión de entidades, asociaciones, clubes o cualquier otro tipo de institución, no encuentre más fundamento que la discriminación, el abuso de la posición dominante, o el desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, debe inaplicarse tal determinación, pues de lo contrario, sería avalar la vulneración de los derechos de quien resulta afectado con tal conducta.” Resolvió, conceder el amparo solicitado y ordenar al representante legal de la Asociación Scout de Colombia, a aceptar la inscripción del actor como scout dentro de la asociación.

Los casos expuestos nos permiten establecer que en los hechos en los que se despliegue el abuso de la posición dominante, se justifica la intervención de la justicia constitucional en desarrollo del concepto de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a particulares, dado que el ejercicio arbitrario de las propias razones, no son cuestiones válidas para justificar el desconocimiento del derecho a la igualdad, so pretexto de ejercer la autonomía privada.

2.2 Medidas discriminatorias o subprincipio de prohibición de discriminación.

El subprincipio de prohibición de discriminación⁹ consiste en diferenciar los hechos que constituyen discriminación y no diferenciación. La discriminación es

⁹ “El artículo 13 de la Constitución no prohíbe, pues, tratamientos diferentes a situaciones de hecho distintas. La distinción entre discriminación y diferenciación viene, a su vez, determinada porque la primera es injustificada y no razonable. Discriminación es, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable, o sea arbitraria, y solo esa conducta está constitucionalmente vetada. A contrario sensu, es dable realizar diferenciaciones cuando tengan una base objetiva y razonable.” (COLOMBIA. Corte Constitucional. La Sala Séptima de Revisión. Sentencia Nro. T-248 del 26 de marzo de 2012. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Cita Nro. 30)

una conducta constitucionalmente rechazada, al ser considerada como un trato injustificado y no razonable que conlleva arbitrariedad. Por el contrario, la diferenciación, son situaciones constitucionalmente aceptadas, al ser considerado como un trato soportado en razones válidas que justificación de manera racional la diferenciación.

Ahora, cuando las medidas adoptadas por los particulares limitan el ejercicio de los derechos de otros particulares, debe garantizar el principio de no-discriminación. Para analizar estas situaciones, la Corte Constitucional da aplicación al test de igualdad, que busca identificar si las razones que sustentan ese trato desigual son razones constitucionalmente válidas; sí lo son, estaremos frente a un trato diferente, de lo contrario el trato se considera discriminatorio. De acuerdo con lo anterior, a partir del test de igualdad se debe identificar *“la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución; la razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido”*¹⁰ en ese mismo sentido, y para mayor claridad, se puede señalar que la medida adoptada, se traduce en un trato discriminatorio si: *“una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.”*¹¹

En este contexto, es necesario resaltar las siguientes situaciones. En primer lugar, vale la pena mencionar los casos de medidas adoptadas por los clubes sociales que excluyen la posibilidad de afiliación de los hijos extramatrimoniales o ilegítimos. Situación de la cual no se puede desprender una persona, por haber sido concebida por personas sin vínculo matrimonial vigente. Este tipo de discriminación por lo general ocurre en los clubes sociales, donde los estatutos de esas organizaciones privadas reglamentan que los asociados no podrán afiliarse a sus hijos con ese tipo de condición jurídica. De tal modo que la jurisprudencia de la Corte

¹⁰ (COLOMBIA. Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. Sentencia Nro. T-1082 del 11 de octubre de 2001. Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA)

¹¹ (COLOMBIA. Corte Constitucional. La Sala Plena. Sentencia Nro. C-022 del 23 de enero de 1996. Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Cita Nro. 13 - Cour Européenne des Droits de l’Homme. Arrêt MARCKX c. Belgique. 13 juin, 1979)

Constitucional Colombiana, a efectos de evitar por parte de asociaciones privadas, discriminaciones -que a su parecer son injustificadas- estableció a través de su precedente la regla de prohibir este tipo de estatutos que conlleven a impedir la afiliación de niños que sean concebidos fuera del matrimonio, por ser una medida abiertamente inconstitucional y discriminatoria, que no justifica la razón de la medida adoptada ni está dirigida a proteger un derecho de mayor valor que el de la prevalencia del interés superior de los niños y niñas sobre los demás.

En la sentencia t-278 de 2000 con ponencia del magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, la Corte Constitucional estudió un caso donde la actora que es hija extramatrimonial de un accionista del Club Social Valledupar fue afiliada como particular en aplicación a los Estatutos de la Sociedad, según el cual entre los derechos de los accionistas está el de mantener como beneficiarios a sus "hijos legítimos" solteros hasta los 27 años. Como problema jurídico se planteó: ¿resulta discriminatorio no afiliar a hija extramatrimonial, como hija legítima, con base en que los estatutos del club social señalan que solo se podrá para aquellos que sean legítimos y menores a 27 años? Allí no se concedió el amparo constitucional solicitado, pues la edad establecida para ser beneficiario es una edad razonable para perder ese beneficio, sin embargo, se ordenó *eliminar la palabra "legítimos" que utiliza en sus estatutos, la cual se inaplica por inconstitucional.*”

Asimismo, en la sentencia t-433 de 2008 con ponencia del magistrado JAIME ARAÚJO RENTERÍA, se evaluó la constitucionalidad de la regla fijada en los estatutos del club social “Los Lagartos”, consistente en, no permitir la afiliación en su organización, a los niños habidos fuera del matrimonio de sus afiliados. El problema jurídico consistió en: ¿“Club Los Lagartos” violó los derechos fundamentales igualdad, a la honra, a la intimidad y a la recreación del menor Simón López Simmons, por haberle negado la afiliación en calidad de hijo de socio por tratarse de un hijo extramatrimonial, teniendo en cuenta que el numeral h del artículo 10 de los estatutos de la corporación solamente reconocen dicha calidad a los hijos legítimos, a los adoptados y a los hijos legítimos del cónyuge del socio.” La medida resultó abiertamente inconstitucional, a la luz del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, al ser una medida dirigida a un menor de edad, que se torna discriminatoria; al ser

un tratamiento no justificado ni razonable, o sea arbitrario. Allí se dieron razones basadas en la prevalencia del interés superior del niño. Sin advertir la aplicación de un test de igualdad.

En segundo lugar, otro tipo de casos que deben señalarse son los referidos a las decisiones de asambleas generales de socios o administradores de organizaciones privadas que, emiten reglas que discriminan a los copropietarios por factores subjetivos. Así, por ejemplo, existen reglas que prohíben el uso de los parqueaderos, por el hecho de ser un vehículo de servicio público o el uso de los ascensores a determinadas personas por razón su estatus social, o impedir la construcción de rampas para el acceso de personas con limitaciones físicas o prohibir el ingreso a espacios comunes de la copropiedad por razón a las características de las personas, como lo es su edad.

En este sentido las medidas adoptadas en las copropiedades, que involucren circunstancias que están enmarcadas dentro de las categorías sospechosas¹² o simisospechosas¹³ deben contar con razones constitucionalmente imperiosas; establecer si el trato diferente es o no indispensable, para lo cual se debe analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio del valor constitucional valioso, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto; y por último, determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales con mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial; a fin de justificar la medida de manera objetiva. De no ser así, se estaría vulnerando el derecho a la igualdad, es decir, no se trataría de una medida que diferencia, sino de una que discrimina.

¹² “...esta Corporación sostuvo que los criterios sospechosos son “categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.” (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia Nro. C-091 del 15 de febrero de 2017. Magistrado Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Cita Nro. 46)

¹³ “...deben ser consideradas problemáticas o semi-sospechosas las categorías de diferenciación con base en la edad que establecen límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio...” (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia Nro. T-360 del 09 de mayo de 2002. Magistrado Ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.)

En las sentencias t-810 de 2011, t-416 de 2013 y t-304 de 2017, se evaluaron hechos en los cuales la administración de Conjuntos Residenciales les negó a sus copropietarios la solicitud de autorizar la construcción de una rampa de acceso que les permitiera movilizarse desde su apartamento al exterior del conjunto y zonas comunes de manera autónoma, por razones a limitaciones físicas que padecían los accionantes. El problema jurídico consistió en establecer la validez constitucional de la medida: *¿la determinación de un conjunto residencial consistente en negarse, de manera general, a construir una rampa de ingreso permanente que vincule una zona común con el lugar de ingreso de una persona en situación de discapacidad a su residencia, resulta compatible con las exigencias adscritas a los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad humana?* Preguntas que fueron resueltas de manera positiva, concedió la protección de los derechos fundamentales invocados por los accionantes y ordenó a los conjuntos demandados la construcción de las rampas de acceso; bajo el análisis de la teoría de la exigibilidad de los deberes constitucionales, como lo son: la Solidaridad “puede exigir el cumplimiento de un deber de solidaridad a un particular, cuando su incumplimiento afecte los derechos fundamentales de una persona que, por ausencia de regulación legal, carece de protección”

En la sentencia t-1082 de 2001 con ponencia del magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA, la Corte Constitucional, recurrió por primera vez al test de igualdad para evaluar la constitucionalidad de una regla dictada por un particular. Allí se evaluó la medida adoptada por la Asamblea general de copropietarios del Conjunto residencial P.H que prohibió el ingreso del taxi de propiedad del accionante a los parqueaderos particulares, ya que sólo se podía ingresar un vehículo particular de uso familiar tipo automóvil, campero o camioneta.

Se demostró a través del test de igualdad, que aquella medida era discriminatoria y no diferenciadora, donde la alta corporación, primero identificó el trato desigual, el cual consistió en no permitir el ingreso de su vehículo sólo por ser de servicio público; luego el objetivo constitucionalmente valioso, consistente en garantizar la seguridad del complejo inmobiliario; en lo que respecta a la evaluación de si era o no necesaria la medida o existía una menos gravosa, consideró que era posible buscar el mismo objetivo al limitar la medida

a prohibir el ingreso del taxi en el evento prestar el servicio público de transporte dentro del conjunto residencial, de lo contrario el accionante podrá ingresar con su taxi sí no está en servicio; por último, realizó un juicio de proporcionalidad donde concluyó que la medida sacrificaban igualmente valores constitucionalmente imperiosos, como lo son el derecho a la igualdad, al trabajo y libre locomoción del accionante. Bajo el análisis que se transcribe a continuación:

- i) **Trato desigual:** *“El criterio según el cual a todos los propietarios de parqueaderos se les permite el ingreso y a él no, es el hecho de que su vehículo es de servicio público y el de los demás no.”* ii) **Objetivo buscado (adecuación):** *“...es válido a la luz de la Constitución en cuanto que con la restricción de ingreso de vehículos de servicio público se pretende mejorar la seguridad y tranquilidad, como forma de manifestación de la paz, del conjunto y conservar su carácter de residencial. La Constitución consagra la necesidad de procurar una convivencia pacífica (art. 95 numeral 6) y el deber de las autoridades de asegurarla (art. 2 y 218). Sin embargo, observa la Corte que nos encontramos a todas luces frente a una medida absolutamente inconsistente y carente de relación necesaria con respecto a la finalidad buscada.”* Al no cumplir con los criterios de necesidad y proporcionalidad, pues iii) **necesidad o indispensable:** *“...existe otro medio menor oneroso para la protección de la seguridad del condominio cual es la restricción de entrada a taxis que estén en servicio, es decir que vayan a recoger o dejar pasajeros al condominio...”* y iv) **Proporcionalidad:** *“... El trato discriminatorio dado no es proporcional porque sacrifica en un grado no permisible valores y principios como la igualdad, la libre locomoción y podría llegar a afectar el derecho al trabajo del accionante si al dejar el taxi desamparado este es dañado o robado...”*

En la sentencia t- 698 de 2012, con ponencia del magistrado MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, nuevamente se aplicó el test de igualdad en nivel intermedio, para establecer si una medida adoptada por una copropiedad era un tratamiento no justificado ni razonable, es decir discriminatorio, o por el contrario contaba con una base objetiva y razonable para ser considerada una diferenciación permitida. La medida consistió en prohibir a una mujer de 79 años, diagnosticada con “osteoartrosis de predominio en las rodillas síndrome varicoso en miembros inferiores”, de utilizar la piscina para niños, en aras de conservar el bienestar físico de estos últimos, “pues se han presentado casos de otitis aguda”. Luego de analizar la medida a la luz de cada uno de los filtros del juicio de igualdad, la Alta Corporación concluyó que esa regla era discriminatoria y no diferenciadora.

En este caso, es pertinente señalar que la Corte Constitucional, aclaró que el test de igualdad o el juicio de proporcionalidad se aplicó en nivel intermedio, no solo por el hecho de estar frente al criterio semisospechoso, como lo es la edad si no por el hecho de tratarse de una regla dictada por un particular, bajo el análisis que se transcribe a continuación:

“...por cuanto se trata de una relación entre particulares, lo cual implica que la exigibilidad de la igualdad también encuentre sus límites en la autonomía privada, el pluralismo y la diversidad cultural. Por lo tanto, la intensidad del juicio de igualdad varía al tratarse de una situación entre particulares, también titulares de derechos fundamentales”.

En lo que respecta a la aplicación del test de igualdad sobre esa regla, la Corte Constitucional, identificó el trato desigual y el objetivo constitucionalmente imperioso, luego evaluó si era o no necesaria la medida o existía una menos gravosa y, por último, realizó un juicio de proporcionalidad. Donde concluyó que la medida era discriminatoria, al existir la posibilidad de adoptar una norma que buscaba el mismo objetivo constitucionalmente imperioso, por ejemplo, establecer un horario de uso para esa piscina, tanto para los niños como para la anciana; además, la medida no era proporcional, pues con esa regla se sacrificaban igualmente valores

constitucionalmente imperiosos, como es la protección especial a los sujetos de la tercera edad.

i) **Trato desigual:** Negar el acceso a la piscina. ii) **Objetivo constitucionalmente imperioso:** “..la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños (artículo 44 CP) específicamente, cuidar su derecho a la salud y la recreación” iii) **Es NECESARIO(a) para cumplir con el objetivo:** existe una medida menos gravosa que garantiza en el mismo grado la protección de los valores constitucionalmente imperiosos, “establezca turnos para el uso de la piscina de niños por parte de la actora.... y de manera razonable. Así, establecerá la disminución en el uso y goce del bien común –la piscina de niños-, siempre y cuando no utilice criterios sospechosos o semisospeschosos de diferenciación, como la edad o rasgos permanentes de la persona, para restringir el disfrute del bien común, ni vulnere o amenace los derechos fundamentales de la accionante. Y iv) **proporcional:** “...Además: a) sacrifica un fin constitucional, como es la protección especial a los sujetos de la tercera edad (artículo 46 CP), y b) en un sentido social de la definición de discapacidad, se encuentra en una situación discapacitante, pues padece una enfermedad, denominada osteoartritis, sacrificándose así el derecho fundamental a la salud, c) no sabe nadar, por lo cual exponerla a que realice ejercicio en la piscina de adultos (de 1.60 metros de profundidad), implicaría un riesgo para su vida.”

2.3 Medidas adoptadas en establecimientos comerciales que ofrecen servicios abiertos al público en general

En tercer lugar, se identificaron los casos de medidas adoptadas en establecimientos comerciales que ofrecen servicios abiertos al público en general. Este tipo de medidas consisten en imponer reglas -por parte de los administradores de locales comerciales que ofrecen servicios al público en general- que van dirigidas a un grupo en específico con condiciones de las cuales no se pueden desprender o hace parte de su identidad: raza, color de piel u orientación sexual. Es decir que la Corte Constitucional Colombiana, luego de

aplicar a este tipo de reglas el test de igualdad en nivel intermedio en sentido medio, (al ser la razón de la discriminación uno de los supuestos que componen las categorías sospechosas -orientación sexual y/o Raza y color de piel, pero es una medida adoptada por un particular-) encontró que prohibir el acceso y disfrute de los servicios ofertados por los establecimientos comerciales por razón al color de su piel u orientación sexual diversa, vulnera el derecho a la igualdad, en especial el principio de no discriminación, al ser una situación de la cual no se puede desprender el destinatario y sí lo hace pierde su identidad. En consecuencia, para la Corte Constitucional está prohibido adoptar, por parte de los particulares, medidas que tengan en cuenta la orientación sexual, raza o color de piel de sus usuarios cuando se trate de establecimientos comerciales que ofrecen servicios abiertos al público en general.

En la sentencia t-1090 de 2005, con ponencia de la magistrada CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, se revisó un caso en el que una ciudadana interpuso acción de tutela contra los establecimientos comerciales del Distrito de Cartagena, La Carbonera LTDA y la discoteca QKA-YITO, por considerar vulnerado por éstos el derecho fundamental a la igualdad. Relata que ante su insistencia para que se le permitiera el ingreso a la discoteca, el portero les "confesó": "Aquí los dueños del establecimiento nos tienen prohibido dejar ingresar a personas de tu color a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o con mucho dinero". Aunque en la *Obiter dictum* se refirió al test aplicado en la sentencia t-1082/01, en la *ratio decidendi* se centró en señalar que el generador de la discriminación no había cesado "sino que, por el contrario, hacen parte de un conjunto de maniobras históricas y generales, sustentadas en la exclusión social, económica y política del grupo racial." Y de este modo desarrolló el principio de no discriminación, ya que a tutela había sido concedida en segunda instancia.

Asimismo, en la sentencia t-131 de 2006, con ponencia del magistrado ALFREDO BELTRÁN SIERRA, se estudió el caso de una ciudadana que interpuso acción de tutela contra los establecimientos comerciales del Distrito de Cartagena, La Carbonera LTDA y la discoteca QKA-YITO, por considerar vulnerado por éstos el derecho fundamental a la igualdad. Según la accionante, luego de su insistencia para que se le permitiera el ingreso a la discoteca, el portero les "confesó": "Aquí los dueños del establecimiento nos tienen

prohibido dejar ingresar a personas de tu color a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o con mucho dinero". La Corte Constitucional reiteró la posición adoptada en la sentencia t-1090/2005, al señalar que "...La simple negativa de acceso a un establecimiento abierto al público es sólo una de las estrategias y prácticas de rechazo sustentadas en el prejuicio que materializan el estereotipo racial..."

La Corte Constitucional, en la sentencia t-909 de 2011 con ponencia del magistrado JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, revisó el caso de un vigilante que ordenó que abandonaran el centro comercial porque el accionado se besó con su pareja del mismo sexo en un sitio abierto al público. La Corte Constitucional concedió la tutela al desarrollar el Principio de no Discriminación; además, no se desvirtuó la presunción de discriminación; y las medidas de los particulares, no pueden afectar derechos fundamentales, sin que el legislador no ha restringido ese derecho.

Posteriormente, en la sentencia t-248 de 2012 con ponencia del magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, la Corte Constitucional resolvió el caso de un Laboratorio Clínico Higuera Escalante que impidió el acceso a donar sangre luego de que el actor confesara haber tenido relaciones homosexuales y ser homosexual. La Corte Constitucional aplicó el test de igualdad en nivel estricto considerando que el trato desigual se basó en un criterio sospechoso.

Se demostró a través del test de igualdad, que aquella medida era discriminatoria y no diferenciadora, donde la alta corporación, primero identificó el trato desigual, el cual consistió en no permitir donar sangre al accionante por razón a su orientación sexual; luego el objetivo constitucionalmente valioso, consistente en evitar el contagio de enfermedades de transmisión sexual a los beneficiarios de esa sangre; en lo que respecta a la evaluación de si era o no necesaria la medida o adecuada para garantizar el fin constitucional, consideró que la medida no era adecuada, pues las preguntas están dirigidas a identificar la orientación sexual de donante, mas no de si practicaba relaciones sexuales de manera que evitara el contagio de enfermedades venéreas, además esa regla no alcanzaba el objetivo, pues los bancos de sangre están en la obligación de realizar estudios a la sangre donada y no solo por

el hecho de saber que el donante practicó relaciones homosexuales ya debe considerarse como posible infectado de una enfermedad de transmisión sexual; por último, realizó un juicio de proporcionalidad donde concluyó que la medida sacrificaban valores constitucionalmente imperiosos, como lo son el derecho a la igualdad del accionante en sí mismo y de la población que se encuentran en las mismas condiciones que él, es decir que se sacrifican más beneficios de los que se reciben. Bajo el análisis que se transcribe a continuación:

- i) **Trato desigual:** “...se evidencia una diferencia de trato sustentada en una categoría sospechosa, la cual es la orientación sexual del acto”
- ii) **Objetivo constitucionalmente imperioso:** “...proteger a la población receptora, de una enfermedad gravemente infecciosa, como lo es el VIH...Dicho objetivo parece ser un objetivo constitucionalmente imperioso, toda vez que se trata de proteger a la población en general de una enfermedad mortal...”
- iii) **Es NECESARIO(a) para cumplir con el objetivo:** “Sin embargo, las preguntas formuladas por el Laboratorio sustentadas en el criterio de orientación sexual no son una medida adecuada ni tampoco indispensable –necesaria- para alcanzar el objetivo mencionado.” Y “...la exclusión que hizo el Laboratorio no podía tener sustento en la orientación sexual del actor, sino solamente en la verificación de factores de riesgo en su comportamiento sexual, es decir, en la identificación de prácticas sexuales inseguras.” - “Asimismo, el criterio resulta ser innecesario, ya que los bancos de sangre tienen la obligación de realizar pruebas de VIH a toda la sangre que reciben de los donantes en general, y en esa medida, pueden controlar, no sólo con las respuestas suministradas en la encuesta por el donante, sino a través de medios científicos seguros que arrojen información palpable, la calidad de la sangre[51]. Así, la medida puede ser reemplazada por otras menos lesivas.”
- iv) **Proporcionalidad:** “...la actuación del Laboratorio de rechazar a Julián como donante, no es proporcional en relación con el fin que se persigue, toda vez que el perjuicio y el sacrificio que se hace es mucho mayor a los beneficios que se reciben. Es decir, implica un sacrificio del derecho a la igualdad de

Julián, y de la población con su misma orientación sexual, y del principio de solidaridad, que no se compadece con los beneficios en términos del derecho a la salud que se pueden lograr, y que además son solamente eventuales...”

Luego, en la sentencia t-291 de 2016 con ponencia del magistrado ALBERTO ROJAS RÍOS, la Corte Constitucional resolvió un caso en el que “el Centro Comercial Portal del Prado, Vigilancia del Caribe Ltda. y Portales Urbanos S.A., expulsó de dicho establecimiento de comercio al accionante por supuestamente realizar actos obscenos con otra persona del mismo sexo en uno de los baños públicos.” Dentro de las razones que dio la Corte Constitucional, para adoptar su fallo y proteger los derechos del accionante, expresó, que la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación, es un criterio que se presume como discriminatorio a menos que pueda justificarse con la aplicación de un test estricto de proporcionalidad. Pero al resolver el caso en concreto no aplicó el Test.

En la sentencia t-030 de 2017 con ponencia de la magistrada GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, se analizó el caso de la expulsión de unos ciudadanos de un centro comercial, realizada por un guarda de seguridad debido a que supuestamente realizaban manifestaciones de afecto entre sí y por su orientación sexual diversa. Dentro de las razones que dio la Corte Constitucional, para adoptar su fallo y proteger los derechos de los accionantes, expresó, que la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación, ha sido considerado como un criterio de presunción de discriminación, además carece de toda justificación, pues con la medida de expulsar a dos personas de un establecimiento abierto al público, solo porque son del mismo sexo y se besan entre sí, no busca alcanzar un fin constitucionalmente imperioso. Esas razones las refirió en la *Obiter dictum de la sentencia*, pero al resolver el caso en concreto no aplicó el Test.

En todo caso, es pertinente advertir que no toda medida restrictiva como la de no ingreso a un establecimiento abierto al público a una persona que posee una condición de orientación sexual diversa, resulta irremediabilmente segregativa o sospechosa *per se* de estar enmarcada como criterio sospechoso -orientación sexual- constituye una violación al principio de no discriminación. Dado que resulta imprescindible, consultar todas las razones que sirvieron

para su negativa, como lo son: comportamientos hostiles provocados por el destinatario de la medida; ya que cualquier persona que genere es tipo de circunstancias, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, puede recibir un trato desigual. Allí la presunción queda desvirtuada, ya que la medida que se imparta con ocasión a la condición de la orientación sexual del usuario no constituye una violación al principio de no discriminación, si no que la medida va destinada para cualquier persona, independiente de su condición.

Es así como la Corte Constitucional en la sentencia t-314 de 2011 con ponencia del magistrado JORGE IVAN PALACIO PALACIO, en la que se resolvió un caso en el que se impidió a un ciudadano el ingreso a un evento, debido –según el accionante- a su orientación sexual. La Corte Constitucional rechazó las pretensiones del accionante pues consideró que no existió evidencia que permitiera establecer que a la accionante no le fue permitido el ingreso a los eventos por su identidad sexual y por ende no puede predicarse que dicha actuación se constituya en un acto discriminatorio por parte de los accionados. Se logró desvirtuar la presunción de discriminación que va envuelta en las diferenciaciones por razones de categorías sospechosas.

2.4 Medidas adoptadas por las aseguradoras

En cuarto lugar, encontramos aquellas que estudian la constitucionalidad de las medidas adoptadas por las aseguradoras que se niegan a vender pólizas a personas con condiciones físicas o psíquicas especiales.

En sentido es necesario advertir, que así el artículo 1056¹⁴ del código de comercio, permite asumir al asegurador a su arbitrio el riesgo al que estén expuestos el interés o la cosa a asegurar; ese derecho no se puede tomar de aplicación absoluta, pues si la negativa de no generar la cotización de la póliza aseguradora, consiste en razones basadas por criterios especiales del grupo asegurable -por ejemplo: poseer una enfermedad crónica o limitación

¹⁴ Artículo 1056 del Código de Comercio: “<ASUNCIÓN DE RIESGOS>. Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.”

física- constituye una discriminación y, no una diferenciación permitida, es decir, su razón de negar el servicio de seguro, se basa en una distinción no razonable ni justificable constitucionalmente.

Así en la sentencia Nro. t-1165 de 2001 con ponencia del magistrado ALFREDO BELTRÁN SIERRA, se resolvió un caso donde, unos ciudadanos pretenden adquirir una vivienda de interés social, han cumplido con todos los requisitos legales, obtuvieron la aprobación del subsidio por parte del Estado. Sin embargo, sus expectativas no son satisfechas, porque necesitan la suscripción de una póliza de vida y debido a ser portadores del virus de inmunodeficiencia humana VIH, les ha sido negada. Allí La Corte Constitucional, concedió la acción de tutela considerando *“La conducta asumida por la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, pues no se puede concebir bajo ningún argumento que el ser portador asintomático de VIH, sea una exclusión para adquirir un seguro de vida.”*

Luego, en la sentencia t-1118 de 2002 con ponencia del magistrado MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, se revisó el caso de una aseguradora que negó la cotización de póliza de accidentes escolares, por las características del grupo asegurable: personas con discapacidad como retardo mental, Síndrome de Down, Síndrome de West R.M., Autismo, retardo mental asociado a Hipoacusia y baja visión, Síndrome Dismórfico, problemas de lenguaje, problemas motores, parálisis cerebral, Esclerosis Tuberculosa y Hemiparesia, entre otros. La Corte Constitucional concedió la acción de tutela al señalar:

“la demandada no podía ampararse en una facultad legal legítima para negarse a cotizar el costo de la respectiva póliza sin violar con ello el principio de igualdad al incurrir en una discriminación por razón de la condición de discapacidad. Tampoco puede negarse a otorgar la póliza por la razón por ella invocada: “las características del grupo de personas”. Esta es una razón abiertamente discriminatoria.”

Por último, la Corte Constitucional en la sentencia Nro. t-247 de 2010, con ponencia del magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, revisó el caso de medidas

adoptadas por empleadores que resuelven no contratar a una persona por razones de sexo. De acuerdo con la Corte Constitucional, un empleador no puede negarse a contratar a una persona, cuando la única razón que determina su decisión consiste en que el trabajador o trabajadora es hombre o mujer. Ya que si no se demuestra que el o la aspirante al cargo ofertado es excluida o excluido sin que medie un criterio objetivo que demuestre que la persona, en cuanto mujer o en cuanto hombre, no está en capacidad para realizar la labor encargada, esto es, precisamente, el carácter discriminatorio. Es decir, un carácter prejuicioso carente de cualquier fundamentación objetiva y razonable utilice el género como parámetro de exclusión de ingreso para no suscribir contrato de trabajo, vulnera el principio del derecho a la igualdad.

Es de tener en cuenta que la sola negativa de contratar al aspirante al cargo ofertado por el particular no constituye vulneración al principio de no discriminación, dado que sí el estudio que pretende evaluar las características del trabajador resulta: “no confiable”, como por ejemplo por temas de seguridad, el empleador no estará en la obligación de explicar las razones de su decisión, siempre y cuando la razón de su decisión no sea el sexo del aspirante. Aquello lo hace en ejercicio de su derecho a la autonomía de la voluntad, que justifica la no intervención de la justicia constitucional, al ni siquiera ser necesario evaluar la medida a través de un test de igualdad, ya que la justificación no giró en torno a razones subjetivas, sí no que lo hace una base objetiva y razonable.

En la sentencia Nro. t-694 de 2013 con ponencia del magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, se revisó el caso en que el accionante se postula a ocupar un cargo en Ecopetrol y el estudio de seguridad arroja como resultado “no confiable”. Allí se resolvió no tutelar el derecho deprecado, al considerar que la accionada informó al actor que no cumplía con las condiciones para su vinculación, sin que exista una obligación de motivación de sus decisiones. Respetando la autonomía de la voluntad y dado que el accionante no tenía ningún criterio sospechoso, es decir, que no había necesidad de analizar la medida desde la óptica de un test de igualdad.

Casos en los que NO se aplicó el Test			Casos en los que SÍ se aplicó el Test
t-0412/92	t-0808/03	t-0314/11	t-1082/2001
t-0277/96	t-1090/05	t-0909/11	t-0248/2012
t-0375/97	t-0131/06	t-0694/13	t-0698/2012
t-0278/00	t-0152/07	t-0416/13	
t-1042/01	t-0433/08	t-0291/16	
t-1165/01	t-0247/10	t-0030/17	
t-1118/02	t-0810/11	t-0304/17	

2.5 Presentación de los casos revisados por la Corte Constitucional Colombiana entre los años 1997 a 2017. Se sintetizan bajo los ítems: hechos, ¿hizo Test?, ¿Cómo lo resolvió?, Sujetos involucrados y Tipo de Discriminación.

Sentencia t-412 de 1992				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
Una ciudadana fue sorprendida en su lugar de trabajo por su acreedor, disfrazado de “chepito”, (consiste en un llamativo atuendo compuesto de sacoleva, sombrero y maletín color negro que lleva la inscripción "deudor moroso",) cuyo fin es colocar a la persona -que tiene una obligación pendiente- en ridículo frente a los demás para de esta forma obligarla a cumplir con sus créditos.	No	Dio razones consistentes en: (...) Cuando la persona es constreñida, mediante una conducta ilícita, a realizar el pago de una obligación, se encuentra en una clara situación de indefensión (...) y para ello protegió los derechos al debido proceso, al buen nombre y a la honra.	Comerciante y particular	Indefensión
Sentencia t-277 de 1996				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación

Jardín Infantil no renueva contrato a profesor por ser homosexual.	No	Se Negó: “No existe prueba suficiente que acredite que la actuación de la demandada haya estado determinada por presiones indebidas constitutivas de persecución laboral y atentatorias de sus derechos fundamentales, ... De haberse afectado un derecho fundamental del peticionario en razón de la no renovación de su contrato de trabajo, la solución a este caso hubiera sido diferente.”	Jardín Infantil que presta servicio público vs trabajador particular	Orientación Sexual (categoría sospechosa)
Sentencia t-375 de 1997				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
TERPEL, como único proveedor, tomó la decisión de suspenderle la venta de parafina (materia prima para la elaboración de velas), a un microempresario, debido a que	No	Dio razones consistentes en: hay valores constitucionales superiores a la libertad de empresa, la cual cede o debe conciliarse, con el derecho a la igualdad y al trabajo.	Comerciantes	Abuso de la posición dominante (subordinación)

aquel lo denunció ante la FGN por alteración de pesos y medidas.				
--	--	--	--	--

Sentencia t-278 de 2000

Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
¿resulta discriminatorio no afiliarse a hija extramatrimonial, como hija legítima, con base en que los estatutos del club social señalan que solo se podrá para aquellos que sean legítimos y menores a 27 años?	NO	<p>Negó la acción, al considerar:</p> <ul style="list-style-type: none"> (...) “El club social demandado no presta un servicio público, tampoco su conducta pone en riesgo intereses de carácter colectivo, y no es posible hablar de condiciones de subordinación o de indefensión”. <p>(...) -énfasis añadido-</p> <ul style="list-style-type: none"> (...)”sin embargo, que elimine la palabra "legítimos" que utiliza en sus estatutos, la cual se inaplica por inconstitucional 	Club Social y Asociado	Por razón de ser hijo extramatrimonial / subordinación

Sentencia t-1082 de 2001

Sentencia t-1082 de 2001

Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
la Asamblea general de copropietarios del Conjunto residencial P.H prohibió el ingreso del taxi de propiedad del accionante a los parqueaderos particulares, ya que sólo se podía ingresar un vehículo particular de uso familiar tipo automóvil, campero o camioneta.	Sí	Test de igualdad: Nivel Intermedio. (Medida que suscitan serias dudas sobre la afectación de un derecho constitucional fundamental: libre locomoción y trabajo)	Conjunto Residencial vs Copropietario	Por razón de su oficio /subordinación
Sentencia t-1042 de 2001				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
Edificio “El Conquistador” ubicado en la ciudad Cartagena, emitió una circular del siguiente contenido: “...Por medio del presente les estoy	NO	Las razones que dieron para adoptar el fallo se basaron en argumentos de, ser la medida de la copropiedad una regla con discriminación injustificada y carente de razonabilidad	Conjunto Residencial vs trabajadora del servicio doméstico	Por razón de su oficio /subordinación

<p>comunicando que esta Gerencia les prohíbe y ordena enérgicamente no permitir el acceso a los Ascensores Principales de las trabajadoras domésticas de las unidades de la Copropiedad y en especial de la señora OLINDA MARIA CALDERÓN, trabajadora doméstica del apartamento 2213, sólo podrán utilizar el Ascensor de Servicio...”</p>				
Sentencia t-1165 de 2001				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
<p>Los actores desean adquirir una vivienda de interés social, han cumplido con todos los requisitos legales, obtuvieron la aprobación del subsidio por</p>	<p>NO</p>	<p>La Corte concedió la acción de tutela al señalar: “La conducta asumida por la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado social</p>	<p>Aseguradora y particular</p>	<p>Por Razón a ser portador de VIH Sida (categoría sospechosa)</p>

<p>parte del Estado. Sin embargo, sus expectativas no son satisfechas, porque necesitan la suscripción de una póliza de vida y debido a ser portadores del virus de inmunodeficiencia humana vih, les ha sido negada.</p>		<p>de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, pues no se puede concebir bajo ningún argumento que el ser portador asintomático de vih, sea una exclusión para adquirir un seguro de vida.”</p>		
Sentencia t-808 de 2003				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
<p>“Desde hace veinticuatro (24) años, el actor ha pertenecido a la Asociación Scout de Colombia, ocupando distintos cargos de liderazgo y jerarquía. Pero luego de ser conocida su condición de orientación sexual homosexual, el Consejo Scout Nacional, que una vez lo acogió como miembro, ejerciendo el</p>	NO	<p>La Corte concedió la acción de tutela al señalar: “...observa la Corte que en los estatutos de la Asociación Scout de Colombia, no pueden aceptarse la posibilidad de tomar decisiones que resultan arbitrarias o discriminatorias, y que vayan en contra de los postulados constitucionales, por lo que siempre han de interpretarse en consonancia con la Constitución, o si</p>	<p>Asociación Scout y Miembro de esa Asociación</p>	<p>Por razón a su orientación sexual (categoría sospechosa)</p>

derecho de “reserva de admisión”, decretó “su expulsión”, con fundamento en el artículo 14 numeral 4 de los estatutos y el artículo 36 del P.O.R (Política, Organización y Reglamentos).”		es del caso deben reformarse para que armonicen con ella.”		
Sentencia t-1090 de 2005				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
Una ciudadana interpuso acción de tutela contra los establecimientos comerciales del Distrito de Cartagena, La Carbonera LTDA y la discoteca QKA-YITO, por considerar vulnerado por éstos el derecho fundamental a la igualdad. Relata que ante su insistencia para que se le permitiera el	NO	Aunque en la <i>Obiter dictum</i> se refirió al test aplicado en la sentencia t-1082/01, en la <i>ratio decidendi</i> se centró en señalar que el generador de la discriminación no había cesado “sino que, por el contrario, hacen parte de un conjunto de maniobras históricas y generales, sustentadas en la exclusión social, económica y política del grupo racial.” Y de este	Comerciante y Particular	Por razón a su raza (categoría sospechosa)

<p>ingreso a la discoteca, el portero les "confesó": "Aquí los dueños del establecimiento nos tienen prohibido dejar ingresar a personas de tu color a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o con mucho dinero".</p>		<p>modo desarrollo el principio de no discriminación, ya que a tutela había sido concedida en segunda instancia.</p>		
<p>Sentencia t-131 de 2006</p>				
<p>Hechos</p>	<p>¿Hizo test?</p>	<p>¿Cómo lo Resolvió?</p>	<p>Sujetos Involucrados</p>	<p>Tipo de Discriminación</p>
<p>Una ciudadana interpuso acción de tutela contra los establecimientos comerciales del Distrito de Cartagena, La Carbonera LTDA y la discoteca QKA-YITO, por considerar vulnerado por éstos el derecho fundamental a la igualdad. Relata que ante su insistencia</p>	<p>NO</p>	<p>Reiteró la posición adoptada en la sentencia t-1090/2005, al señalar: "...La simple negativa de acceso a un establecimiento abierto al público es sólo una de las estrategias y prácticas de rechazo sustentadas en el prejuicio que materializan el estereotipo racial..."</p>	<p>Comerciante y Particular</p>	<p>Por razón a su raza (categoría sospechosa)</p>

<p>para que se le permitiera el ingreso a la discoteca, el portero les "confesó": "Aquí los dueños del establecimiento nos tienen prohibido dejar ingresar a personas de tu color a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o con mucho dinero".</p>				
Sentencia t-152 de 2007				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
<p>Una constructora se niega en contratar a un obrero por razón a su condición transexual.</p>	NO	<p>Se Negó la tutela. "...no hay evidencia que permita establecer que a la parte accionante no le fue permitido el ingreso a la obra Torres de La Cabrera en razón a su personalidad o su condición sexual" ...</p>	<p>Empleador privado y particular</p>	<p>Por razón de su orientación sexual (categoría sospechosa)</p>

Sentencia t-433 de 2008				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
Club social no admiten como socio activo al hijo extramatrimonial del accionante	No	Allí se dieron razones basadas en la prevalencia del interés superior del niño. Además, no es aceptable pretender que su derecho de libertad de asociación prevalezca sobre el derecho que tiene el niño a no ser discriminado.	Club Social vs Asociado	Por Razones de ser hijo extramatrimonial / indefensión
Sentencia t-810 de 2011				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
Negación por parte de la administración del Conjunto Residencial, de autorizar la construcción de una rampa de acceso que le permita al accionante movilizarse desde su apartamento al exterior del conjunto de manera autónoma.	No	teoría de la exigibilidad de los deberes constitucionales, como lo son: la Solidaridad “ <u>puede exigir el cumplimiento de un deber de solidaridad a un particular</u> , cuando su incumplimiento afecte los derechos fundamentales de una persona que, por ausencia de regulación legal,	Conjunto Residencial vs Copropietario	Por razón a la condición física (categoría sospechosa)

		carece de protección” -énfasis añadido”		
Sentencia t-314 de 2011				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
El accionante al tratar de ingresar a eventos de música electrónica organizado por particulares se le impidió el ingreso al evento, debido a su condición de travesti.	No	No se tuteló. No existió evidencia que permitiera establecer que a la señora Valeria Hernández Franco no le fue permitido el ingreso a los eventos por su identidad sexual y por ende no puede predicarse que dicha actuación se constituya en un acto discriminatorio por parte de los accionados.	Comerciante vs Particular	Por razones de orientación sexual (categoría sospechosa)
Sentencia t-909 de 2011				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
Un vigilante ordenó que abandonaran el centro comercial porque el accionado	No	Desarrolló el Principio de no Discriminación	Centro Comercial vs Usuario	Por razones de orientación sexual

se besó con su pareja del mismo sexo en un sitio abierto al público.		No se desvirtuó la presunción de discriminación. Las medidas de los particulares no pueden afectar derechos fundamentales, sin que el legislador no ha restringido ese derecho.		(categoría sospechosa)
Sentencia t-248 de 2012				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
El Laboratorio Clínico Higuera Escalante impidió el acceso a donar sangre luego de que el actor confesara haber tenido relaciones homosexuales y ser homosexual.	Sí	TEST DE PROPORCIONALIDAD / nivel estricto - por basarse el trato desigual en un criterio sospechoso. “...el caso de Julián, el comportamiento del laboratorio al rechazarlo como donante voluntario por su orientación sexual, y no con fundamento en la identificación clara de prácticas sexuales riesgosas, no supera el juicio estricto de	Laboratorio Clínico particular que presta servicio público vs particular.	Por razones de orientación sexual (categoría sospechosa)

		proporcionalidad y constituye un trato discriminatorio.”		
Sentencia t-698 de 2012				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
Medida adoptada por un conjunto residencial, consistente en prohibir a una mujer de 79 años de edad, diagnosticada con “osteoartrosis de predominio en las rodillas síndrome varicoso en miembros inferiores”, de utilizar la piscina para niños, en aras de conservar el bienestar físico de estos últimos, “pues se han presentado casos de otitis aguda”.	Sí	Test de igualdad o el juicio de proporcionalidad / en nivel intermedio / criterio semisospechoso: edad “...se realizará un juicio intermedio por cuanto se trata de una relación entre particulares, lo cual implica que la exigibilidad de la igualdad también encuentre sus límites en la autonomía privada, el pluralismo y <u>la diversidad cultural. Por lo tanto, la intensidad del juicio de igualdad varía al tratarse de una situación entre particulares,</u> también titulares de derechos fundamentales” -énfasis añadido-	Conjunto Residencial vs Copropietario	Por Razón a la edad (categoría semisospechosa)
Sentencia t-694 de 2013				

Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
Se revisó el Caso en que el accionante se postula a ocupar un cargo en Ecopetrol y el estudio de seguridad arroja como resultado “no confiable”	No	Allí se resolvió no Tutelar el derecho deprecado, al considerar que la accionada informó al actor que no cumplía con las condiciones para su vinculación, sin que exista una obligación de motivación de sus decisiones. Respetando la autonomía de la voluntad y dado que el accionante no tenía ningún criterio sospechoso, es decir, que no había necesidad de analizar la medida desde la óptica de un test de igualdad.	Ecopetrol vs trabajador	Subordinación
Sentencia t-416 de 2013				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
Conjunto Residencial, negó autorizar la construcción de una rampa de acceso que le permitiera al accionante	No	Dio razones para justificar la decisión, consistentes en el mandato constitucional de “Prohibición de no	Conjunto Residencial vs Copropietario	Por razón a la condición física (categoría sospechosa)

movilizarse desde su apartamento al exterior del conjunto de manera autónoma.		discriminación de personas en situación de discapacidad”		
Sentencia t-291 de 2016				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación
“el Centro Comercial Portal del Prado, Vigilancia del Caribe Ltda. y Portales Urbanos S.A., expulsó de dicho establecimiento de comercio al accionante por supuestamente realizar actos obscenos con otra persona del mismo sexo en uno de los baños públicos.”	No	Dentro de las razones que dio la Corte Constitucional, para adoptar su fallo, expresó, que la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación es un criterio que se presume como discriminatorio a menos que pueda justificarse con la aplicación de un test estricto de proporcionalidad. Pero al resolver el caso en concreto no aplicó el Test.	Centro Comercial vs Usuario	Por razones de Orientación Sexual. (categoría sospechosa)
Sentencia t-030 de 2017				
Hechos	¿Hizo test?	¿Cómo lo Resolvió?	Sujetos Involucrados	Tipo de Discriminación

<p>Expulsión de los actores del centro comercial Portal del Prado P.H. realizada por un guarda de seguridad debido a que supuestamente realizaban manifestaciones de afecto entre sí y por su orientación sexual diversa.</p>	<p>No</p>	<p>Dentro de las razones que dio la Corte Constitucional, para adoptar su fallo, expresó, que la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación, 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. Pero al resolver el caso en concreto no aplicó el Test.</p>	<p>Centro Comercial vs Usuario</p>	<p>Por razones de Orientación Sexual. (categoría sospechosa)</p>
<p>Sentencia t-304 de 2017</p>				
<p>Hechos</p>	<p>¿Hizo test?</p>	<p>¿Cómo lo Resolvió?</p>	<p>Sujetos Involucrados</p>	<p>Tipo de Discriminación</p>
<p>En dos acciones de tutela presentadas de manera independiente los actores aducen que los respectivos Conjuntos Residenciales donde viven vulneran sus derechos</p>	<p>No</p>	<p>Dio razones, consistentes en que, bajo el principio de solidaridad, se debe permitir la construcción de la rampa.</p>	<p>Conjunto Residencial vs Copropietario</p>	<p>Por razón a la condición física (categoría sospechosa)</p>

fundamentales, al negarse a construir rampas que les permitan a las personas en situación de discapacidad acceder a los apartamentos y zonas comunes.				
---	--	--	--	--

3 CONCLUSIONES

El principio de derecho a la igualdad, en el derecho constitucional contemporáneo es un postulado que cada día toma más fuerza, al advertirse que no solo el Estado es el titular que está llamado a garantizar y respetar los principios constitucionales. Los particulares también tienen la obligación de observar la norma Constitucional en todas sus relaciones, sin importar que se encuentren prestando o no un servicio público. Con el solo hecho de hacer uso de la posición dominante que rompa la igualdad en sus relaciones, o vulneración del principio de no discriminación, deja a los demás en un estado de indefensión que justifica la intervención del Estado, para que equilibre la situación y ponga fin a la controversia por vía constitucional.

La presente investigación logró demostrar el desarrollo jurisprudencial que ha hecho la Corte Constitucional desde 1991 hasta el 2017, sobre la aplicación del derecho a la igualdad en las relaciones que se suscitan entre los particulares, a través de sus subprincipios de prohibición de discriminación y abuso de posición dominante.

Se logró demostrar cómo la Corte Constitucional Colombiana resolvió las controversias aplicando el juicio o test de igualdad, para casos donde solo intervinieron particulares. Como lo fue en las sentencias t- 1082/01, t-248/12 y t-698/12.

Es necesario dejar claro que tanto el juicio de proporcionalidad como el test de igualdad, fueron diseñados para analizar la constitucionalidad de reglas de origen Estatal **y no para asuntos entre particulares**. Ello quiere decir que su aplicación en las medidas adoptadas por los particulares se torna compleja, pues es distinto el fin que persiguen las reglas que expiden las autoridades, (bien común) a las que adoptan los particulares (bien individual) ya que estas últimas lo hace bajo el principio de la autonomía privada y las primeras bajo su obligación de garantizar un bienestar colectivo; ambos derechos y deberes constitucionales.

Las decisiones de los particulares son equiparadas con las del Estado, al estar revestidas de contenido que puede llegar a limitar los derechos de los ciudadanos, en consecuencia, sí la decisión adoptada proviene de un extremo con posición dominante, que realiza una

diferenciación de acuerdo con la fórmula prevista en el artículo 13 C.P., la raza y el sexo constituyen categorías sospechosas de discriminación, lo que implica que todo tratamiento diferencial fundado en estos criterios se presume como discriminatorio a menos que pueda justificarse a partir de un test estricto de igualdad.

Se logró establecer que hasta el año 2001, en la sentencia t-1082, se utilizó por primera vez el test de igualdad para dar razones que demostraban el trato desigual. Hasta el año 2012 nuevamente fue utilizado en las sentencias Nros. t-248 y t-698. De allí en adelante en las sentencias t-1090 de 2005, t- 291 de 2016, y t-030 de 2017, se menciona en la *obiter dictum* el test aplicado en las sentencias t-1082/01, y t-248 de 2012, respectivamente, pero en la *ratio decidendi* se desarrolla un discurso abierto sobre el principio de no discriminación, consistente en señalar que se trata de, un conjunto de maniobras históricas y generales, sustentadas en la exclusión social, económica y política de un grupo racial o por la condición de orientación sexual de los accionantes; que igualmente en el fondo se trata de un ejercicio de proporcionalidad, pero sin ningún método preestablecido.

Se logró establecer que se les ha exigido a los particulares, el test de igualdad, en los niveles¹⁵ intermedio (t-698/12) y estricto (t-248/12). Intermedio cuando el trato desigual se basa en los llamados criterios semi-sospechosos, por ejemplo: la edad. Estricto cuando el trato desigual se basa en los llamados categorías sospechosas, por ejemplo: la raza, la identidad sexual y de género, y la orientación sexual. Ahora, es pertinente resaltar como en la sentencia t-698 de 2012, se señaló en materia de medidas adoptadas por los particulares, que el uso de un criterio semi-sospechoso, *per se* no significa analizar la medida desde el nivel intermedio, solo basta que se trata de una situación entre particulares para que el nivel de aplicación del juicio sea de intermedio, debido que se encuentra comprometido la autonomía privada.¹⁶

¹⁵ “(...) puede variar entre (i) estricto, el cual se utiliza cuando la medida está fundada en un criterio sospechoso o recae sobre personas en situaciones de debilidad manifiesta; (ii) intermedio, cuando se trata de acciones positivas o afirmativas y/o la medida es potencialmente discriminatoria; y (iii) flexible, cuando se ha basado en un criterio neutro y en principio no genera sospecha”. (COLOMBIA. Corte Constitucional. La Sala Segunda de Revisión. Sentencia Nro. T-698 del 28 de agosto de 2012. Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO. Cita Nro. 41)

¹⁶ “...implica un juicio intermedio por cuanto se trata de una relación entre particulares, lo cual implica que la exigibilidad de la igualdad también encuentre sus límites en la autonomía privada, el pluralismo y la diversidad cultural. Por lo tanto, la intensidad del juicio de igualdad varía al tratarse de una situación entre particulares,

Sobre el uso del test de igualdad en las medidas adoptadas por los particulares, no fue posible establecer un patrón de tendencia de aplicación por parte de un magistrado ponente en especial, ya que solamente tres (3) veces se aplicó el test, de los veinticuatro (24) casos que fueron identificados y aquellos fueron sustanciados por magistrados distintos. Lo que sí se logró identificar, es que a partir de año 2001 -luego de la sentencia t-1082/01- se inició la tendencia de, por lo menos mencionar el test de igualdad en las razones de paso, hecho que no había ocurrido antes del 2001.

Ahora bien, al aumentarse el uso del test de igualdad, por parte de los operadores jurídicos, como método que proporciona reglas claras para identificar, si una medida es de contenido **diferenciador** (tratamiento con base objetiva y razonable, permitida por la Constitución) o **discriminatorio** (tratamiento no justificado ni razonable, o sea arbitrario, prohibido en la Constitución), se genera mayor seguridad jurídica; pues el operador analizará la medida de una manera ordenada, que se traduce en un discurso argumentativo coherente, objetivo y lógico, sin que se desborde en las razones para la adopción de su fallo, ya que solo se limitará en identificar: el trato diferente, la adecuación de la medida, si es o no necesaria y por último realizará el juicio de proporcionalidad. Las razones que adopte para cada filtro no deberán ser más de las que el método le permite y en el evento de no superar ninguna o al menos una, la conclusión será que la medida es discriminatoria, en el caso contrario se encontrará frente a una diferenciación permitida. Así, sí el método del test no es aplicado, y el análisis se realiza mediante un discurso que expone razones que sustente que la medida es o no discriminatoria, se puede caer en solo realizar proporcionalidad, y no identificar el fin constitucionalmente imperioso y/o si existía una medida menos lesiva que garantice el mismo valor constitucional, es decir, disminuyen las probabilidades de identificar la constitucionalidad de la medida adoptada, pues sin contar con unas reglas que lo límite se le da la posibilidad de adoptar un fallo subjetivo o caprichoso.

también titulares de derechos fundamentales...” (COLOMBIA. Corte Constitucional. La Sala Segunda de Revisión. Sentencia Nro. T-698 del 28 de agosto de 2012. Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.)

Por otro lado, continuar con la investigación sobre el problema abordado, aportaría una gran herramienta a las relaciones que suscitan día a día entre los ciudadanos, evitando la trasgresión del derecho a igualdad, de conformidad el contenido de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Además, nos permite evidenciar el pensamiento de la Alta Corporación sobre cómo entiende ese tribunal las relaciones de los particulares a la luz del derecho a la igualdad, para establecer si las razones que justifican cada decisión en ese sentido son las razones válidas para desconocer la autonomía privada.

Imaginemos la situación, donde un grupo de motociclistas con más de doscientos integrantes, que se dedican a recorrer las carreteras del país cada mes en sus vehículos, deciden desvincular de su asociación y no permitirle más su participación en sus actividades a un integrante con más de cinco años de permanencia, debido a que aquel por encontrarse en una situación económica frágil, se vio en la necesidad de cambiar su motocicleta de 600 centímetros cúbicos, por una de 500 y los demás integrantes cuentan con motocicletas de mínimo 600 centímetros cúbicos. Ahora, debemos preguntar: i) ¿allí el ciudadano, puede acudir a la jurisdicción constitucional en procura del derecho a la igualdad, para que se le ordene mediante una tutela al grupo de amigos, la inclusión en las actividades mensuales y para que haga parte nuevamente de esa asociación? ii) ¿es posible resolver el caso mediante la aplicación del test de igualdad? iii) ¿la medida adoptada es una diferenciación o una discriminación? la respuesta a las dos primeras preguntas, son de contenido positivo y la tercera depende del escrutinio que resulte de la aplicación del test de igualdad sobre la medida adoptada por el grupo de motociclistas.

JUICIO O TEST DE IGUALDAD			
Trato desigual	Adecuación	Necesaria	Proporcionalidad
No permitirle hacer parte del grupo solo porque su motocicleta	Busca garantizar la recreación y asociación de los miembros del grupo, no es en sí mismo un	Ese mismo fin constitucional, puede ser garantizado al reducir el número	la actuación del grupo de motociclistas de rechazar a su antiguo compañero como miembro de la asociación, no es

<p>es 100 centímetros cúbicos menos que la de los demás integrantes.</p>	<p>fin constitucionalmente imperioso.</p>	<p>mínimo de cilindraje de la motocicleta que puede pertenecer a su asociación, pues la diferencia con la del excluido no representa una diferencia notoria en cuanto a potencia. Así, la medida puede ser reemplazada por otras menos lesivas.</p>	<p>proporcional en relación con el fin que se persigue, toda vez que el perjuicio y el sacrificio que se hace es mucho mayor a los beneficios que se reciben. Es decir, implica un sacrificio del derecho a la igualdad del afectado, y de la población con su misma posibilidad de no poder a futuro adquirir un vehículo de esa cilindrada, y del principio de solidaridad, que no se compadece con los beneficios en términos del derecho a la recreación que se pueden lograr, y que además son solamente eventuales.</p>
--	---	---	---

El anterior análisis sobre la medida adopta por el grupo de motociclistas, respetando cada uno de los filtros del test o juicio de igualdad, permite identificar que esa regla es discriminatoria y no una diferencia permitida, ya que no es razonable ni justificada, pues existe una medida menos levisa y la adoptada sacrifica un valor constitucional de mayor valor, como es la igualdad y recreación del actor.

Por otro lado, puede llegar a ser interesante realizar una investigación en derecho comparado, lo cual reflejaría el pensamiento paternalista y proteccionista que adoptó el Estado Colombiano luego de la promulgación de la Constitución Política de 1991, en comparación

con lo que piensa la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por ejemplo, en el caso de los Boy Scout, donde los mismos hechos dieron fallos distintos, acá se le dio la razón a la persona de orientación sexual diversa y se desconoció el derecho de libertad de asociación y libre autonomía privada. En cambio, en los Estados Unidos de América basados en la primera enmienda se protegió la libertad de asociación.

¿Cuál es la decisión correcta? Continuar con esta investigación, permitiría dar una respuesta a esta pregunta, a la luz de todas las razones que se pueden dar para justificar una u otra decisión. Pero siempre se deben buscar las razones últimas, que eviten el conflicto de derecho, que muchas veces crean las corporaciones constitucionales, sin que aquellos conflictos realmente subsistan.

4 **BIBLIOGRAFÍA.**

1. ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, trad. De Carlos Bernal Pulido 2007, p. 374, 348, 350, 351.
2. BERNAL PULIDO Carlos, *Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo*, en *Dialnet*, LA ERA DE LOS DERECHOS. LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN SUS NUEVOS TERRITORIOS Y ENSAMBLAJES Volumen 9 (2017), p. 66.
3. "Biblioteca Octavio Arizmendi Posada", 2017. App-Vlex-com.Ez.Unisabana.edu.co, acceso diciembre 20 2017, <https://app-vlex-com.ez.unisabana.edu.co/#CO/search/jurisdi>.
4. Colombia, Corte constitucional, En inciso 40 de la Sentencia Nro. C -091 de 2017, M.P MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

5. Colombia, Corte Constitucional De Colombia, 2017. Corteconstitucional.gov.co. acceso diciembre 20 2017. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.php>. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia Nro. C-371 de 2000, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
6. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-591 de 1992, M.P. JAIME SANIN GREIFFENSTEIN.
7. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia Nro. C-091 de 2017, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.
8. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia Nro. C-091 de 2017, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.
9. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. C-535 de 2017, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.
10. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. C-093 de 2001, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
11. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. C-015 de 2014, M. P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.
12. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. C-535 de 2017, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.
13. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia Nro. SU 626 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo. Cit. En Juan Jacobo Calderón Villegas, *“La constitución del derecho privado, La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia”*, Bogotá, Tercera Edición, Ediciones Uniandes; Universidad del Rosario; Temis, 2017, Pág. 64

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. C-093 de 2001, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

14. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia Nro. t-304 de 2017, M.P. AQUILES ARRIETA GÓMEZ.

15. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia Nro. t-030 de 2017, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

16. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-0412 de 1992, M.P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

17. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-277 de 1996, M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

18. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-375 de 1997, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

19. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-278 de 2000, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

20. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-1042 de 2001, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

21. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-1165 de 2001, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

22. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-1118 de 2002, M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA.

23. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-808 de 2003, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

24. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-1090 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
25. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-131 de 2006, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
26. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-152 de 2007, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.
27. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-433 de 2008, M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.
28. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-247 de 2010, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.
29. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-810 de 2011, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.
30. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-314 de 2011, M.P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO.
31. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-909 de 2011, M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.
32. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-694 de 2013, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.
33. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-416 de 2013, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.
34. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-291 de 2013, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.

35. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-030 de 2017, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.
36. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-304 de 2017, M.P. AQUILES ARRIETA GÓMEZ.
37. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-1082 de 2001, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.
38. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-248 de 2012, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.
39. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. t-698 de 2012, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.
40. DIAZ DE VALDÉS José Manuel, “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 42 (2014), p.151, 182, 183.
41. G. Anschütz, Die Verfassung de deutschen Reiches, artículo 109, nota 1 (pág. 523). Cita de Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, trad. De Carlos Bernal Pulido 2007, p. 348.
42. Hurley, 515 U. S., at 579” THE SUPREME COURT UNITED STATES REPORTS VOLUME 530. 1999. pág. 661consultado el 03 de enero de 2018. En link: <https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/530bv.pdf>
43. MENDOZA ESCALANTE Mijaíl, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares – pág. 220 Pastel de boda gay divide a la Corte Suprema de EE.UU.* (2017). *El Universo*. Retrieved 5 January 2018, en <https://www.eluniverso.com/vida/2017/12/05/nota/6513322/se-puede-negar-torta-boda-gays-corte-suprema-eeuu-debate-tema>

44. Juan Jacobo Calderón Villegas. Tercera Edición. Temis. 2017. Bogotá. Pág. 64 cita Nro.