COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia SU/067/23

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de unificación
Referencia	SU/067/23
Expediente	T-8.842.342
Fecha	2023-03-16
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Acción De Tutela Contra Providencias Judiciales En Asunto Laboral
- Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales Por Defecto Factico
- Violacion Directa De La Constitucion Como Causal De Procedibilidad De La Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales Defecto Factico Por Indebida Valoracion Probatoria
- Derecho Fundamental A La Identidad De Genero
- Prohibicion De Discriminacion Por Razon De Genero
- Personas Con Identidad De Genero Diversa Transgenero

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Enfoque constitucional y de género en caso de despido discriminatorio de mujer incurrir en defecto fáctico y violación directa de la constitución defecto fáctico y en violación directa de la Constitución por cuatro razones:

Texto completo

SU067-23 DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO, IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN- Terminación del contrato de trabajo sin justa causa a mujer trans, en estado de debilidad manifiesta por razones de salud ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN ASUNTO LABORAL- Desconocimiento del enfoque constitucional y de género en caso de despido discriminatorio de mujer trans ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN ASUNTO LABORAL- Procedencia por incurrir en defecto fáctico y violación directa de la constitución Las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto fáctico y en violación directa de la Constitución por cuatro razones:

primero porque valoraron indebidamente la prueba testimonial del expediente. Segundo, por cuanto incurrieron en actos discriminatorios y violatorios de la identidad de género de Daniela. Tercero, con ocasión de que omitieron el estudio de la prueba indiciaria y el decreto oficioso y la práctica de pruebas, las cuales les hubieran permitido concluir que la accionante fue sometida a diversos tratos discriminatorios por parte de sus compañeros de trabajo y sus jefes directos, algunos de los cuales, en criterio de la Sala, fundamentaron la terminación del contrato de trabajo. Y, cuarto, debido a que no valoraron los elementos de prueba que daban cuenta de que el empleador de Daniela pudo haber tenido conocimiento de su estado de salud.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- No se circunscribe a quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda sino también quienes experimentan una afectación de salud Las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto por desconocimiento del precedente judicial, porque no valoraron el caso concreto en aplicación de las reglas establecidas por la Corte Constitucional, las cuales, por un lado, impiden negar el fuero de estabilidad laboral por la ausencia de calificación formal al momento del despido y, por el otro, les imponían el deber de estudiar si la condición de salud de la accionante le impedía significativamente el normal desempeño laboral.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN RECURSO DE CASACION- Pronunciamiento oficioso sobre violación de derechos fundamentales La Corte Suprema de Justicia incurrió en el defecto sustantivo que se le imputa, debido a que interpretó indebidamente las

normas que regulan las exigencias argumentativas del recurso de casación, esto es, los numerales 4º y 5º del artículo 90 del CPTSS. Esto, porque la jurisprudencia constitucional estableció una excepción al carácter dispositivo o rogado cuando existe una violación de derechos fundamentales, según la cual dicha violación debe ser estudiada, incluso, de forma oficiosa.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Requisitos generales y especiales de procedibilidad ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO FACTICO- Reiteración de jurisprudencia / DEFECTO FACTICO- Dimensión negativa y positiva VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA- Configuración Al no haber indagado sobre la idoneidad de los testigos que rindieron los conceptos técnicos que soportaron las dos conclusiones principales de los fallos, los jueces no podían tener en cuenta tales medios de prueba para fallar.

VALORACION PROBATORIA DE TESTIMONIOS- Reglas generales DEBIDO PROCESO AL PRACTICAR PRUEBA TESTIMONIAL- Garantía fundamental del declarante (…), no es procedente, de un lado, que el juez haga preguntas que lesionan los derechos fundamentales de los testigos y, del otro, que las partes o el juez elaboren preguntas que afecten las garantías constitucionales de las personas involucradas en la declaración.

NULIDAD DE PLENO DERECHO- Pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales INTERROGATORIO DE PARTE- Deber de garantizar derechos fundamentales del declarante DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD DE GENERO- Alcance y contenido/ DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD DE GENERO- Ámbito de protección PROHIBICION DE DISCRIMINACION POR RAZON DE GENERO- Contenido y alcance PERSONAS CON IDENTIDAD DE GENERO DIVERSA TRANSGENERO- Protección cualificada contra la discriminación ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GENERO- Discriminación de género en las decisiones judiciales DERECHOS LABORALES DE MUJERES TRANS- Instrumentos internacionales DERECHOS LABORALES DE MUJERES TRANS- Derecho comparado SITUACION ESPECIFICA DE PERSONAS TRANSGENERO EN COLOMBIA DERECHO AL TRABAJO DE PERSONA TRANSGENERO- Posibilidad de mejoramiento de su calidad de vida DERECHOS LABORALES DE MUJERES TRANS- Jurisprudencia constitucional TERMINACION UNILATERAL DE CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA- Límites a la facultad cuando vulnera derechos fundamentales PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR DESPIDO INJUSTIFICADO- Alcance y contenido PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR DESPIDO INJUSTIFICADO- Análisis fáctico de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la terminación del vínculo laboral PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR DESPIDO INJUSTIFICADO- Valoración de la causa de terminación del vínculo laboral y la naturaleza de la actividad desplegada por el trabajador TERMINACION UNILATERAL DE CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA- Valoración por el juez si despido constituye vulneración de derechos fundamentales del trabajador, lo que conlleva a declarar inconstitucionalidad o ineficacia del despido DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Se presume la discriminación cuando el empleador, conociendo la situación, retira del servicio a una persona que por sus condiciones de salud es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL VALOR VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL DE ORGANOS DE CIERRE JURISDICCIONAL Y POSIBILIDAD DE APARTAMIENTO- Jurisprudencia constitucional PRECEDENTE JUDICIAL- Decisiones proferidas por jueces de superior jerarquía deben ser acatadas/ PRECEDENTE JUDICIAL Y RATIO DECIDENDI- Al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella PRECEDENTE JUDICIAL- Jueces pueden apartarse si exponen razones que justifiquen su decisión/ SEPARACION DEL PRECEDENTE- Carga argumentativa de transparencia y suficiencia del juez para apartarse del precedente DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD- Reglas jurisprudenciales DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Reiteración de jurisprudencia DEFECTO SUSTANTIVO POR INTERPRETACION ERRONEA O IRRAZONABLE DE LA NORMA- Hipótesis en las cuales puede incurrir la autoridad judicial RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION LABORAL- Importancia/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION LABORAL- Efectos/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION LABORAL- Procedimiento RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION- Fines constitucionales/ RECURSO DE CASACION -Pronunciamiento oficioso sobre violación de derechos fundamentales ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES- Orden a empleador reintegrar a trabajador y pagar los salarios y aportes al Sistema General de Seguridad Social que se hayan causado desde el momento en que ocurrió el despido hasta que se configure el reintegro REPÚBLICA DE COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL Sala Plena SENTENCIA SU-067 DE 2023 Referencia :

Expediente T-8.842.342 Acción de tutela interpuesta por Daniela en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior de Buga y el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira , Valle del Cauca Magistrada sustanciadora:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA Bogotá D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (2023) La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial l as previstas en los artículos 241.9 de la Constitución Política, y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, y de conformidad con lo dispuesto en el auto del 30 de noviembre de 2022, en el que asumió el conocimiento del asunto de la referencia, profiere la siguiente SENTENCIA En el trámite de revisión del fallo de tutela del 25 de enero de 2022, dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de negar el amparo de los derechos fundamentales de Daniela , el cual fue confirmado mediante providencia del 25 de mayo del mismo año, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia [1] .

En auto del 30 de noviembre, la Corte accedió a la solicitud de anonimización que presentó la tutelante, a efectos de proteger su derecho fundamental a la intimidad personal. En consecuencia, en esta providencia se hará referencia a la accionante, como Daniela , a la sociedad empleadora de esta última, como Sociedad Global , y a la clínica en la que trabajó aquella, como Clínica General . No obstante, en el expediente quedará otra versión de la sentencia con los nombres reales de las partes, omitidos para proteger la identidad de la actora.

I. ANTECEDENTES 1. El 13 de enero de 2022, actuando en nombre propio, Daniela interpuso acción de tutela en contra de la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga y el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca.

Pidió la protección de sus derechos fundamentales a la identidad de género y a la identidad sexual, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, vida, dignidad humana, trabajo, seguridad social y al debido proceso, así como los que denominó “derechos de las personas transgénero” . Estos, en su criterio, fueron vulnerados con ocasión de las providencias adoptadas dentro del proceso ordinario laboral que ella promovió contra la Sociedad Global , con el objeto de que se declarara la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

1. Hechos probados y otros procesos relevantes 1.1. Hechos probados 2. Daniela es una mujer trans [2] de 35 años. Es médica de profesión; egresada de la facultad de medicina de la Universidad Santiago de Cali, en donde estudió becada por excelencia académica [3] .

Su familia paterna es oriunda del municipio de Patía, Cauca, y, según dice, sus “tatarabuelos (…) alcanzaron [a] hacer parte en los años 1800 de la Esclavitud ” [4] . Esta situación, así como “la te[z] de su piel” , hacen que la tutelante se perciba como afrodescendiente [5] . Su madre es un adulto mayor a quien ella sostiene económicamente, desde el fallecimiento del cónyuge y padre de la actora (2013). Este hecho y la discriminación de la que habría sido víctima la tutelante, han empeorado la salud de la progenitora [6] , aunque algunos de sus padecimientos son propios de la edad.

3. El 3 de mayo de 2011, Daniela y la Sociedad Global suscribieron un contrato individual de trabajo a término indefinido. La accionante fue contratada como médica para la Clínica General [7] y afiliada por el empleador a la EPS Coomeva, a la que la referida clínica le prestaba sus servicios como IPS.

4. La ciudadana tutelante asegura que desde que tiene uso de razón, se ha “identificado con el género femenino” [8] . Igualmente, señala que siempre tuvo una apariencia que catalogó como “andrógina” [9] debido a que sus comportamientos siempre fueron lo que, socialmente, se asocia con lo femenino. Sin embargo, fue hasta febrero del año 2012 -en vigencia de la relación laboral-, cuando Daniela inició la transformación física de su cuerpo [10] , al someterse a una “cirugía de mamas bilateral” [11] y a una “liposucción de cintura” [12] . Los procedimientos médicos habrían sido adelantados por personal médico de la Clínica General [13] , por lo que algunos de los profesionales encargados del tratamiento clínico eran, a la vez, los compañeros de trabajo de la actora.

5. Entre el 12 de enero de 2012 y el 27 de junio de 2016, Daniela asistió a tratamiento sicológico. Desde la primera consulta expresó “malestar (…) con su género” [14] e informó sobre “señalamientos en su trabajo” a causa de sus comportamientos afeminados. Luego de las primeras cirugías, en varias sesiones terapéuticas adelantadas entre el 15 de enero de 2013 y el 10 enero de 2014, expresó que estaba siendo “acorralada” [15] y “presionada” [16] en el trabajo y que, además, estaría siendo sometida a cargas laborales excesivas y constantes cambios de sitios de trabajo, los cuales asoció con “su persona como tal” [17] . En uno de los informes evolutivos de consultas sicológicas [18] , se lee que la médica le atribuyó tales hechos a su “amaneramiento” [19] , debido a la ocurrencia de hechos de discriminación que serán objeto de estudio detallado en la parte considerativa de esta providencia judicial (infra secc.

II, num. 4). 6. Los días 6 y 8 de febrero de 2014, Daniela ingresó a los servicios de urgencias de la Clínica General por un cuadro de fiebre e infección en las amígdalas [20] , por el cual estuvo incapacitada entre el 6 y el 12 de febrero de 2014.

7. Mediante comunicación del 11 de febrero de 2014 [21] -durante la incapacidad-, el gerente de la Sociedad Global le informó a la accionante que la empresa había decidido "terminar unilateralmente y sin justa causa" el contrato de trabajo, para lo que se invocó el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo (desde aquí, CST). Como consecuencia de lo anterior, la empresa liquidó los salarios y prestaciones sociales a su cargo y le pagó a la accionante una suma de dinero cercana a los doce millones de pesos [22] .

8. El 29 de enero de 2015, Daniela presentó demanda ordinaria laboral en contra de la Sociedad Global . Pretendió que se declarara la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo y que, en consecuencia, se ordenara el reintegro y el pago de salarios y prestaciones, así como la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales causados. Para tales fines, el apoderado de la accionante desarrolló, brevemente, cuatro líneas de argumentación [23] :

(i) aseguró que la médica siempre se desempeñó con excelencia y cumplió con sus obligaciones laborales; (ii) resaltó que el contrato fue terminado unilateralmente cuando la trabajadora estaba incapacitada, por lo que, en su criterio, era necesario que la empresa contara con el permiso del Ministerio del Trabajo;

(iii) señaló que lo anterior era obligatorio, adicionalmente, porque la ciudadana tutelante se encontraba en una situación de debilidad manifiesta, debido a problemas sicológicos y endocrinológicos por los que estaba pasando; y (iv) aseveró que la trabajadora padece una patología que le "causó (…) conductas homosexuales" [24] y agregó que, por tales comportamientos, fue sometida a varios tratos discriminatorios en el trabajo.

9. El proceso le correspondió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, que, en auto del 30 de enero de 2015, admitió la demanda y dispuso darle el trámite de rigor. La empresa emitió la contestación y, en términos generales, argumentó:

(i) que la terminación del contrato se dio en el marco de la ley, pues a la trabajadora le pagaron la indemnización correspondiente; (ii) que las incapacidades no reflejaban una situación que ameritara catalogar a la accionante como una persona en situación de debilidad manifiesta; y (iii) que la empresa no incurrió en actos de discriminación en contra de la trabajadora, frente a lo que señaló que, de todos modos, estos debían ser probados por la accionante.

10. La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, mediante dictamen del 26 de agosto de 2016 [25] , determinó que la accionante tenía una pérdida de la capacidad laboral del dieciséis por ciento (16%), cuya fecha de estructuración fue el 19 de julio del 2016. Parte importante del dictamen se orientó en las deficiencias por trastornos mentales y del comportamiento y por la insuficiencia renal crónica que padece la accionante.

11. Agotadas las etapas procesales correspondientes, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira dictó la sentencia del 21 de noviembre de 2016, por la cual negó las pretensiones de la demanda. Para tales fines, consideró que la terminación del contrato no requería de la autorización del inspector del trabajo, pues la accionante no estaba en una situación de debilidad manifiesta [26] .

12. El apoderado de la accionante apeló la decisión de primera instancia. Alegó que el juez pasó por alto las pruebas testimoniales y documentales aportadas al expediente, en el entendido de que adoptó la decisión apelada únicamente con fundamento en un "diálogo extraprocesal" con la demandante. Insistió en que debió tenerse en cuenta la situación médica de esta última, particularmente, la disforia de género, la depresión y las alteraciones endocrinólogas que la tutelante sufre, al menos, desde principios del año 2012.

13. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga, en sentencia del 14 de junio de 2018, confirmó la decisión recurrida. Para tales efectos, señaló que no es viable conceder la estabilidad laboral reforzada a la trabajadora, primero, porque el empleador no tenía cómo conocer su estado de salud [27] , incluso, muchas de las pruebas dan cuenta de valoraciones médicas posteriores al despido. Y, segundo, porque aun asumiendo que el empleador conoció las incapacidades médicas respecto de las cuales se predica el deber de pedir autorización al Ministerio del Trabajo para la terminación de la relación laboral, lo cierto es que la amigdalitis es una patología temporal que no tiene la entidad suficiente para generar el fuero de estabilidad laboral reforzada. Adicionalmente, el juez de segunda instancia resaltó que la disforia de género no es una enfermedad, sino un trastorno de identidad sexual, por lo que, concluyó, no es posible aseverar que quienes lo padecen están limitados para ejecutar alguna labor [28] .

14. Inconforme con la decisión, la parte demandante presentó recurso extraordinario de casación. Alegó dos cargos por la vía directa: primero, estimó vulnerados los artículos 51, 60 y 61 del CST [29] , habida cuenta del error de hecho en el que se incurrió al valorar las pruebas del expediente. Y, segundo, alegó la falta de aplicación del artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (desde aquí, CPTSS) [30] .

15. La Sala de Descongestión Laboral No. 3 de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 30 de junio de 2021, resolvió no casar la sentencia recurrida. En lo que respecta al primer cargo de la demanda, se dijo que “la censura no honra la carga de particularizar las probanzas supuestamente no valoradas por el ad quem, ni las equivocadamente apreciadas; tampoco, explica por qué las falencias endilgadas al Tribunal constituirían un error de hecho protuberante y manifiesto; no identifica los razonamientos que habrían propiciado un dislate de esa magnitud y mucho menos alude a cuál habría sido su incidencia en el sentido de la decisión recurrida” [31] . Igualmente, se tuvo en cuenta que la parte recurrente, por un lado, no controvirtió la totalidad de los fundamentos de la decisión rebatida y, por el otro, presentó argumentos “más próximos a las alegaciones propias de las instancias, que la sustentación del recurso extraordinario, pues se limita a realizar una cita jurisprudencial” [32] .

16. Frente al segundo cargo, la Corte Suprema de Justicia tomó en consideración el carácter incoherente de la acusación, pues se alegó que no se decretaron pruebas de oficio y, a la vez, se cuestionó la valoración de las pruebas decretadas. De todos modos, la autoridad judicial accionada señaló que el tribunal no estaba obligado a decretar pruebas oficiosamente, pues los elementos de juicio del plenario eran suficientes para concluir que la ciudadana demandante no era merecedora de la estabilidad laboral reforzada deprecada.

1.2. Otros procesos relevantes 17. Acción de tutela previa al inicio del proceso ordinario laboral . La Sala considera importante precisar que Daniela inició una acción de tutela en contra de su empleador con el objetivo de que se declarara la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo y se dispusiera su reintegro, la cual se declaró improcedente por la existencia de otro medio de defensa judicial [33] . Este mecanismo de defensa judicial fue ejercido luego por la accionante y en él se profirieron los fallos objeto de la acción de tutela de la referencia.

18. Petición individual ante el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos. El 13 de diciembre de 2018, Daniela alegó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (desde ahora, CIDH) la violación de sus derechos convencionales. El Estado colombiano fue notificado de la petición el 29 de junio del año 2022 y, mediante escrito del 17 de noviembre pasado, remitió sus observaciones preliminares sobre la admisibilidad del caso [34] . La CIDH, sin embargo, no le había dado traslado del escrito a la tutelante, según lo que ella informó el 12 de diciembre de 2022.

19. Proceso disciplinario surtido en contra del juez laboral de primera instancia. Por medio de una de las sentencias de tutela que se revisa (infra num. 4), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia compulsó copias del expediente a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial para que esta investigara si el juez laboral a quo habría incurrido en conductas disciplinables, habida cuenta de que en audiencia habría hecho uso de expresiones como “marica”, “anormal”, “loquito” y “se siente una hembra” .

20. La Comisión Seccional de Disciplina Judicial del Valle del Cauca declaró la caducidad de la acción disciplinaria, en proveído del 27 de julio de 2022. Para tales fines, se tuvo en cuenta que habrían pasado más de cinco años desde la ocurrencia de los hechos, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Ley 734 de 2002, modificados por la Ley 1474 de 2011.

2. Demanda de tutela y pretensiones 21. Daniela solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la identidad de género y a la identidad sexual, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, vida, dignidad humana, trabajo, seguridad social y al debido proceso, así como los que denominó “derechos de las personas transgénero” . En consecuencia, pidió que se dejen sin efectos las sentencias proferidas por las autoridades judiciales accionadas, dentro del proceso ordinario laboral que promovió contra la Sociedad Global , con el objeto de que se declarara la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

22. Para tales fines, luego de explicar por qué entendió configurados los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la accionante expuso tres líneas de argumentación:

(i) que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto fáctico, pues valoró indebidamente unas pruebas y, además, omitió otras relevantes para la decisión;

(ii) que se impuso la rigurosidad de la técnica del recurso extraordinario de casación sobre los derechos fundamentales; y (iii) que se desconocieron los precedentes judiciales relacionados con el estado de debilidad manifiesta de quienes padecen “alguna condición de salud que diezme [su] capacidad Laboral; y (…) que [han] sido víctimas de un tozudo sistema machista, que solo reconoce la «hetero–norma»

(sic) ” , por un lado, y el valor probatorio de las calificaciones de las juntas de invalidez, por el otro. Los cargos y sus fundamentos se explicarán en detalle en la parte considerativa de esta decisión judicial (infra secc. II, nums. 4 a 6).

23. La ciudadana tutelante pidió tener en cuenta que, durante la ejecución del contrato de trabajo, “nunca recib [ió] un llamado de atención NI VERBAL NI ESCRITO” [35] por parte de su empleador. Por el contrario, aseguró, su desempeño siempre fue excelente,

“motivo por el cual los médicos de la clínica (…) [la] eligieron para que (…) los represent [ara] frente al COMITÉ DE ÉTICA DE LA CLÍNICA [GENERAL] ” [36] .

Igualmente, la tutelante resaltó los actos de discriminación de los que fue víctima por parte de algunos de sus compañeros y jefes, consistentes en palabras y tratos despectivos y humillantes, actos de bullying por los “incipientes cambios físicos” [37] de su cuerpo, ajustes intempestivos de los turnos de trabajo, limitaciones injustificadas en los turnos de descanso y alteraciones anormales en las funciones asignadas, sobre los cuales la Sala Plena entrará en detalle posteriormente (infra secc.

II, num. 4). 24. En lo que atañe a las decisiones de instancia adoptadas en el proceso laboral, Daniela aseguró que las autoridades judiciales accionadas actuaron de forma parcializada y con sesgos discriminatorios contra la comunidad LGBTI [38] . El juez laboral a quo , señaló la tutelante, se refirió a las mujeres transgénero como “ maricas”, “loquitos” o personas “anormales”, además de que relacionó sin fundamento a estas mujeres con las trabajadoras sexuales de la ciudad [39] . Agregó que los jueces tutelados no tienen el conocimiento suficiente para poder resolver los conflictos que involucran las diversidades sexual y de género. Este grupo de afirmaciones también será objeto de mayores explicaciones en la parte considerativa de esta decisión (infra secc. II, num. 4).

25. Finalmente, la parte actora manifestó que la Corte Suprema de Justicia no hizo un estudio sustancial del caso, pues impuso la rigurosidad de la técnica del recurso extraordinario de casación sobre los derechos fundamentales incoados.

3. Respuesta de las entidades accionadas [40] 26. La Sociedad Global pidió que se declarara la improcedencia de la acción de tutela. Para tales fines, señaló que no se cumple el requisito de inmediatez, pues “transcurrieron mucho mas de seis meses desde la notificación de la sentencia que pretende ahora atacarse por la vía excepcional” [41] .

Agregó que la parte accionante busca convertir la acción de tutela en una cuarta instancia con el objeto de reabrir un debate que ya concluyó. En su criterio, el debate sobre el acoso laboral no fue propuesto en el proceso ordinario laboral, por lo que, aseguró, se trata de un nuevo hecho en relación con el cual no se ejerció el derecho de defensa.

27. Subsidiariamente, pidió tener en cuenta que en el proceso laboral quedó debidamente probado que, al momento de la terminación del contrato, la accionante estaba trabajando y que la incapacidad es posterior a dicha terminación. Igualmente, resaltó que las patologías renales no generaron incapacidades y no fueron debidamente informadas a la empresa empleadora. En su criterio, “las sentencias de cada juez han sido ampliamente sustentadas, se le garantizó al demandante la oportunidad de ejercer en cada momento su derecho de defensa, de contradicción, de aportar pruebas y con todo ello la conclusión fue que no existía el presunto fuero de estabilidad laboral por salud que [ella] reclamaba” [42] .

28. El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira [43] se opuso a la prosperidad de las pretensiones de amparo, con fundamento en que la decisión de primera instancia se dictó teniendo en cuenta las pruebas del expediente y los “conceptos jurisprudenciales” aplicables al caso. Para la referida autoridad, el “resultado obtenido del debate probatorio en primera y segunda instancia [fue que] no se encontraron demostrados los derechos laborales que reclama” [44] , por lo que la decisión de negar las pretensiones se encuentra justificada.

29. La Sala de Descongestión Laboral No. 3 de la Corte Suprema de Justicia pidió que no se accediera a las pretensiones de la parte tutelante. Aseguró que el fallo de casación es razonable y fue emitido con apego a la Constitución Política.

Agregó que, por lo anterior, la decisión no resulta arbitraria ni lesiva de los derechos fundamentales de Daniela . 30. Señaló que es cierto que la técnica del recurso de casación se ha flexibilizado a causa de las exigencias legales y adjetivas y diferentes lineamentos jurisprudenciales. Sin embargo, agregó, también es cierto que los recurrentes deben cumplir unas exigencias básicas, esenciales y lógicas, las cuales, se dijo, no pueden ser suplidas por la Corte Suprema de Justicia, dado el carácter dispositivo del recurso extraordinario de casación. En ese contexto, informó que la actora “no desplegó un mínimo ejercicio dialéctico para acreditar los yerros que endilgó al [tribunal] ” [45] , por lo que la decisión de este último tiene que mantenerse incólume, por la presunción de legalidad y acierto con la que está amparada.

31. Añadió, respecto de la condición de salud de la trabajadora, que “ [l] a amigdalitis que padeció fue temporal y a la postre no le impedía realizar sus funciones de profesional de la medicina y [que] los padecimientos renales y anímicos (depresión) no fueron conocidos por el empleador” [46] .

Sin perjuicio de lo anterior, manifestó que “la condición sexual de la tutelante no es un supuesto fáctico que per se resulte suficiente para que se estructure el derecho a la estabilidad laboral reforzada” [47] .

Esto, aclaró, no implica que se deba desconocer la situación de discriminación a la que se ha visto sometido el “colectivo LGBTI” . 4. Decisiones objeto de revisión 32.

Sentencia de primera instancia. El 25 de enero de 2022, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia negó las pretensiones de la demanda. Para dichos efectos, consideró, por un lado, que los razonamientos planteados en la sentencia de casación se ajustan a derecho, pues tienen soporte en las disposiciones pertinentes y la jurisprudencia aplicable. Por otro lado, aseveró que los jueces de instancia valoraron las pruebas del expediente y concluyeron, razonablemente, que “no existía una calificación de pérdida de la capacidad laboral para el momento del despido ni tampoco prueba alguna relacionada con el conocimiento por parte de [Sociedad Global] del estado de salud de la accionante” [48] .

33. El juez de tutela a quo consideró que las autoridades judiciales accionadas no desconocieron el precedente judicial sobre la condición de debilidad manifiesta. Aseguró que “las personas que integran el colectivo LGBTI han sido históricamente un grupo poblacional discriminado y excluido socialmente, y que por ello merecen una mayor protección por parte del Estado” [49] . Con todo, aclaró, la orientación sexual e identidad de género de los trabajadores no es un supuesto fáctico suficiente para estructurar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

34. Impugnación. Daniela impugnó la decisión referida y, para tales fines, reiteró los argumentos de la demanda, particularmente, la necesidad de valorar diversos elementos de prueba obrantes en el expediente. Agregó que el juez de tutela de primera instancia pasó por alto el alegato sobre el deber que les asistía a los jueces laborales de resolver la controversia con una perspectiva de género.

35. La actora aseguró que, contrario a lo que dijo el juez de primera instancia, en el expediente sí hay prueba de la discriminación alegada, particularmente, señaló que hay elementos de juicio que muestran diversos tratos discriminatorios por parte de sus compañeros y empleador. A este último lo calificó como una “entidad de estirpe católica religiosa conservadora (…)” [50] .

36. Sentencia de segunda instancia. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de tutela de primera instancia, mediante sentencia del 25 de mayo del 2022. Igualmente, dispuso compulsar copias del expediente a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, para que esta determinara si había lugar a sancionar al juez laboral de primera instancia por el uso de expresiones ofensivas contra la accionante [51] (supra ff.jj. 19 y 20).

37. El juez de tutela ad quem limitó su análisis al fallo de casación y consideró que este no es arbitrario, subjetivo o antojadizo, pues “se supedit [ó] al ordenamiento [jurídico] , lo que descarta las trasgresiones y soslayos (…) aducidos, los cuales, por ende, no encuentran recibo en esta calzada excepcional de ayuda” [52] . Con fundamento en lo anterior, señaló que la demanda de tutela refleja un desacuerdo de la accionante sobre la forma en la que la “Corporación Casacional encartada dispuso no anular el fallo de apelación” [53] .

38. Para el juez de amparo, las pruebas del expediente daban cuenta de que (i) las enfermedades de la accionante no comportaban estabilidad laboral reforzada;

(ii) el despido no fue discriminatorio; (iii) la pérdida de la capacidad laboral tuvo fecha de estructuración “posterior al despido”; y (iv) no se probó que el empleador tuviera conocimiento de los “eventos médicos” alegados.

En ese sentido, concluyó que, sin “dejar de lado el derecho a la identidad de género y, por ende, la especial protección de la aquí gestora, en su condición de mujer transgénero ” [54] , es difícil desaprobar de plano o calificar como absurdos o aviesos los planteamientos de la autoridad de casación accionada.

39. Sin perjuicio de lo anterior, el juez de segunda instancia resaltó el hecho de que “el aspecto atinente a su identidad de género (nombre identitario) sólo lo vino a poner de presente la gestora en sede de casación, después de presentada la demanda extraordinaria dentro del pleito laboral” [55] . En ese sentido, señaló que la tutela no sirve para remediar las falencias en las que incurren las partes para la gestión de sus intereses dentro de los procesos judiciales ordinarios.

5. Actuaciones en sede de revisión 40. Una vez repartido el expediente a la suscrita magistrada sustanciadora, mediante auto del 9 de noviembre de 2022 se vinculó al trámite a la EPS Coomeva en Liquidación y a la sociedad Coomeva Medicina Prepagada. Igualmente, se decretaron pruebas tendientes a recopilar elementos de juicio que se estimaron necesarios para establecer:

(i) la situación personal, médica y económica de la accionante; (ii) las circunstancias en las que se produjo la terminación unilateral del contrato de trabajo objeto de la presente acción de tutela; y (iii) el estado de otros procesos que inició la actora (supra num. 1.2).

41. El 30 de noviembre de 2022, la Sala Plena asumió el conocimiento del expediente de la referencia y se actualizaron los términos procesales, en aplicación de lo previsto por los artículos 59 y 61 del Acuerdo 2 de 2015, por medio del cual se unifica y actualiza el

Reglamento de la Corte Constitucional.

42. En auto del 7 de febrero de 2023, de conformidad con el inciso 2º del artículo 64 del Acuerdo 2 de 2015, se consideró necesario decretar pruebas adicionales con el fin de allegar los elementos probatorios necesarios para adoptar una decisión de fondo en relación con la presunta vulneración de los derechos fundamentales de Daniela , y determinar el alcance de la problemática de discriminación que enfrenta la población transgénero en los entornos laborales.

43. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [56] le informó a la Corte Constitucional del trámite de la petición individual que presentó Daniela ante el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos. Asimismo, remitió copia de las observaciones que presentó ante la CIDH, relacionadas con la admisibilidad del caso.

44. La sociedad Coomeva Medicina Prepagada S.A. [57] aseguró que no ha vulnerado los derechos fundamentales de Daniela , pues, mientras estuvo vigente la relación contractual, autorizó diferentes procedimientos y tratamientos. Al respecto, remitió un listado de las autorizaciones realizadas. En consecuencia, pidió su desvinculación del proceso de amparo de la referencia.

45. Sin perjuicio de lo anterior, señaló que no tiene en custodia ninguna historia clínica de la accionante y precisó que no tiene competencia para expedir incapacidades médicas. Por lo anterior, manifestó que no está en posibilidad de remitir las pruebas documentales requeridas por la magistrada sustanciadora.

46. La sociedad Coomeva EPS en Liquidación [58] informó que Daniela estuvo afiliada a la entidad desde mayo de 2013 y hasta enero de 2022. Adicionalmente, remitió las siguientes pruebas documentales:

(i) copia de la historia clínica de la accionante; (ii) copia de las incapacidades de esta última; (iii) copia del documento que denominó “dictamen” ;

y (iv) copia del documento que llamó “del Adres y soporte de compensados” . 47. Con todo, manifestó que Coomeva EPS perdió la habilitación para prestar el servicio de salud a partir del 31 de enero de 2022. Agregó que, con ocasión de lo anterior y desde el día siguiente, Daniela fue trasladada a la EPS Sánitas.

48. La Comisión Seccional de Disciplina Judicial del Valle del Cauca [59] le informó a la Corte Constitucional del archivo del proceso disciplinario adelantado en contra del juez Segundo Laboral del Circuito de Palmira (supra ff.jj. 19 y 20). Aportó copia de la decisión adoptada dentro de dicho proceso.

49. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia [60] , en auto del 24 de noviembre de 2022, dispuso el envío de algunos documentos del expediente de tutela de la referencia. Esto, porque el plenario remitido a la Corte Constitucional se envió incompleto.

50. La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca [61] remitió copia del expediente de Daniela . 51. Daniela [62] remitió dos escritos a la Corte Constitucional:

51.1. Escrito del 21 de noviembre de 2022. La accionante informó de su estado actual de salud y manifestó que su empleador sí le reconoció y pago la “indemnización por despido injusto ”. Frente a esto último, sin embargo, aclaró que nunca le realizaron el examen ocupacional de retiro. Igualmente, señaló que no ha recibido información sobre la respuesta del Estado colombiano frente a la solicitud que presentó ante la CIDH. Por otro lado, la accionante remitió copia de varios documentos, incluidos su historia clínica, las incapacidades médicas y un documento que, en su criterio, prueba que el empleador sí tenía conocimiento de la insuficiencia renal que padece.

Adicionalmente, Daniela explicó en qué consistieron los actos de bullying y burla a los que fue sometida por sus jefes y compañeros de trabajo, de un lado, y las “represalias de acoso” , del otro. Estos hechos, sin embargo, serán objeto de análisis detallado en la parte considerativa de esta providencia judicial (infra secc. II, num. 4).

51.2. Escrito del 10 de febrero de 2023. Daniela le dio alcance al primer escrito de intervención, en el sentido de que informó: (i) que su ingreso y permanencia en el sistema educativo se dio con ocasión de las “becas de honor” de las que se hizo acreedora por su rendimiento académico;

(ii) de la condición de salud de su madre, la cual, asegura, se ha visto afectada por los hechos objeto de controversia; (iii) que los cambios físicos en su cuerpo empezaron en el año 2012, esto es, en vigencia de la relación laboral cuya terminación se discute; y (iv) que se reconoce como una mujer afrodescendiente, “no solo por la test (sic) de [su] piel, y [sus] características fenotípicas propias de la etnia negra [,] sino por el arraigo cultural y costumbres de crianza” [63] .

52. La Sociedad Global [64] guardó silencio, pese a que fue notificada de los dos autos de pruebas, en dos ocasiones diferentes [65] . 53. Las facultades de medicina de las universidades Nacional y de Antioquia [66] se pronunciaron frente a diversos interrogantes que se les plantearon respecto de la disforia de género y su relación con la depresión en ámbitos laborales. También, las universidades Icesi [67] , Eafit , Libre , Andes [68] , Pontificia Bolivariana y Pontificia Javeriana se pronunciaron en relación con las temáticas propuestas en el auto del 7 de febrero de 2023 [69] .

Sin embargo, tales intervenciones técnicas serán objeto de estudio en los considerandos de este fallo (infra secc. II, num. 4). 54. Igualmente, dentro del término de traslado de las pruebas recaudadas [70] , se recibió el escrito de Daniela . La accionante manifestó que la información aportada por la EPS Coomeva en Liquidación está incompleta, pues no se aportó la historia clínica correspondiente a los años 2012 a 2019, así como tampoco se aportaron las incapacidades médicas generadas el día de la terminación de la relación laboral. Adicionalmente, señaló que no se le permitió apelar la decisión adoptada en el proceso disciplinario adelantado en contra del juez Segundo Laboral del Circuito de Palmira (supra ff.jj. 19 y 20).

Finalmente, señaló que no conoce el escrito que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado presentó ante la CIDH (supra fj. 18). II. CONSIDERACIONES 1.

Competencia y acción de tutela contra providencias judiciales 55. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como de conformidad con el auto del 30 de noviembre de 2022, en el que resolvió asumir el conocimiento del asunto de la referencia.

56. La acción de tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para las garantías constitucionales fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades, o de los particulares en casos excepcionales. Cuando se cuestiona la constitucionalidad de una providencia judicial, l a decisión de amparo está sujeta al cumplimiento de dos exigencias [71] :

(i) que, en los términos del artículo 86 de la Constitución, el Decreto 2591 de 1991 y el precedente reiterado de la sentencia C-590 de 2005, se verifiquen ciertas cargas argumentativas especiales en relación con la procedibilidad de la acción [72] , y (ii) que se configure algún defecto específico reconocido por la jurisprudencia constitucional [73] .

57. Adicionalmente, de cuestionarse una sentencia proferida por una Alta Corte, en la valoración de estas exigencias se debe acreditar que se trata de un caso “definitivamente incompatible con el alcance y límite de los derechos fundamentales que han sido desarrollados por la Corte Constitucional o cuando se genera una anomalía de tal entidad que es necesaria la intervención del juez constitucional” [74] .

Al respecto, en la Sentencia SU-454 de 2019, la Corte Constitucional señaló que, más que una exigencia a verificar en las tutelas contra providencias judiciales, se trata de una exigencia interpretativa transversal , en virtud de la cual “se deben analizar tanto los requisitos genéricos de procedibilidad –especialmente importante para el estudio de la relevancia constitucional del caso[103]– como de los defectos específicos que se alegan” .

Esto, debido a que las altas cortes tienen un papel de unificación de la jurisprudencia. Por ello, concluyó la Sala Plena de esta Corporación, un escrutinio diferente invadiría la órbita de competencia de tales autoridades judiciales.

58. A partir de lo dicho, la Sala examinará, inicialmente, si la acción de tutela cumple con los requisitos genéricos de procedibilidad para cuestionar una decisión judicial.

De acreditarse tales exigencias, a partir de la delimitación del caso y la definición de los problemas jurídicos que supone, procederá a determinar si las providencias judiciales cuestionadas incurren en los defectos alegados.

2. Estudio de procedibilidad de la acción de tutela 59. La acción de tutela satisface el requisito de legitimación en la causa por activa y por pasiva [75] .

En efecto, la accionante actuó como demandante en el proceso ordinario laboral en el que estima que sus derechos fueron vulnerados por parte del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, el Tribunal Superior de Buga y la Corte Suprema de Justicia , autoridades judiciales que presuntamente habrían incurrido en los defectos alegados por la parte actora.

60. La providencia cuestionada no es una sentencia de tutela. En el asunto que se examina, es evidente que la acción de amparo no se dirige contra un fallo de tutela, sino contra las decisiones adoptadas dentro de un proceso ordinario laboral, en el que, en términos generales, se buscó la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo suscrito entre Daniela y la Sociedad Global .

61. La parte actora identificó razonablemente los hechos que generan la presunta vulneración y los derechos posiblemente desconocidos o amenazados .

Esta exigencia se supera si se tiene en cuenta la descripción de que tratan los antecedentes de esta providencia. Daniela señaló que los jueces accionados vulneraron sus derechos fundamentales, debido a que no tuvieron en cuenta las pruebas aportadas al expediente y los precedentes judiciales que les imponían el deber de adoptar una perspectiva de género en la valoración de su caso y, particularmente, de los actos de discriminación de los que afirma haber sido víctima y que, asegura, son la causa de la terminación de la relación laboral.

62. La acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad [76] . En el presente asunto se satisface esta exigencia, si se tiene en cuenta, por un lado, que la tutelante interpuso y agotó los mecanismos judiciales de defensa que tenía a su disposición, esto es, el recurso ordinario de apelación y el recurso extraordinario de casación, respectivamente, contra los fallos laborales de primera y segunda instancia. Del otro lado, que la decisión que profirió la Corte Suprema de Justicia no es susceptible de recursos ordinarios y, aunque podría ser cuestionable mediante el recurso extraordinario de revisión, lo cierto es que los hechos alegados no se enmarcan en ninguna de las causales de procedencia de dicho recurso, reguladas en el artículo 31 de la Ley 712 del año 2001.

63. Es del caso precisar que el procedimiento adelantado ante la CIDH no enerva el cumplimiento de la exigencia de subsidiariedad de la acción de tutela. Es cierto que se trata de un procedimiento jurisdiccional en el que se debaten los mismos hechos que estudia la Corte Constitucional. No obstante, también es cierto que dicho procedimiento y, en general, la protección de los derechos convencionales es complementaria, según el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (desde ahora, CADH), pero no es excluyente. Incluso, el artículo 46.1 ibídem dispone contrario sensu que la admisibilidad de una petición ante la CADH depende de que el interesado haya agotado todos los recursos de jurisdicción interna.

64. La acción de tutela cumple la exigencia de inmediatez . La definición acerca de cuál es el término “razonable” que debe mediar entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos constitucionales fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela no ha sido pacífica en la jurisprudencia. Por tal razón, de manera abstracta y previa, este solo puede catalogarse como prima facie , pues su valoración concreta está sujeta a las circunstancias específicas del caso, a las condiciones del tutelante, a los intereses jurídicos creados a favor de terceros por la actuación que se cuestiona y a la jurisprudencia constitucional en casos análogos. La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática en afirmar que la acción de tutela debe presentarse dentro de un término oportuno, justo y razonable [77] .

65. No le asiste razón a la apoderada de la Sociedad Global cuando afirma que no está acreditada la exigencia de inmediatez. En el presente caso, la acción de tutela sub examine sí satisface dicho requisito, pues entre la notificación de la decisión del recurso extraordinario de casación, que se produjo el 15 de julio de 2021 [78] , y la presentación de la acción de tutela, que ocurrió el 22 de diciembre de 2021 [79] ; transcurrieron cinco (5) meses y siete (7) días, tiempo que satisface el requisito de inmediatez, en relación con los criterios señalados en el párrafo precedente.

66. La acción de tutela cumple con el requisito de relevancia constitucional [80] . A partir de la sentencia SU-573 de 2019 [81] , la Sala Plena [82] consideró que “la acreditación de esta exigencia, más allá de la mera adecuación del caso a un lenguaje que exponga una relación con derechos fundamentales, supone justificar razonablemente la existencia de una restricción prima facie desproporcionada a un derecho fundamental, que no es lo mismo que una simple relación con aquel” . Así, no es suficiente que la parte actora alegue la violación de un derecho fundamental, para entender acreditada tal exigencia.

Esto, por cuanto la relevancia constitucional tiene tres finalidades, a saber: “ (i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales y, finalmente, (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces” [83] .

67. Posteriormente, mediante las sentencias SU-128 de 2021 y SU-103 de 2022, la Corporación fijó cuatro criterios de análisis para establecer si una tutela es de relevancia constitucional.

El cuarto de ellos, relevante para el presente caso, señala que la acción de tutela no puede tener origen “ en hechos adversos que fueron ocasionados por el mismo accionante ” [84] . En efecto, la Corte ha entendido que, en virtud del principio “nemo auditur propriam turpitudinem allegans” (nadie puede alegar a su favor su propia culpa), carece de relevancia constitucional la solicitud de amparo que pretenda la protección de derechos fundamentales, cuya presunta vulneración haya sido consecuencia de un comportamiento negligente u omisivo del accionante en el proceso judicial [85] .

68. Ahora bien, la Sala considera que el asunto sub examine sí es de relevancia constitucional, pues los alegatos de la demanda de tutela evidencian, prima facie, aspectos relevantes constitucionalmente en los términos de la jurisprudencia constitucional. Por un lado, la controversia planteada no versa sobre un asunto meramente legal o económico, sino que en el fondo suscita un debate jurídico sobre el alcance de la cláusula de no discriminación en los escenarios laborales, así como también sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales a la identidad de género, igualdad y a la dignidad humana, respecto de la terminación unilateral del contrato de trabajo de Daniela . Por otro lado, la Sala considera que la accionante no busca reabrir debates resueltos en el proceso laboral, en el entendido de que lo que pretende es que la Corte se pronuncie sobre problemas jurídicos sustanciales que no tuvieron en cuenta los jueces ordinarios [86] . Por lo demás, en criterio de la Sala las condiciones personales de Daniela refuerzan la relevancia constitucional de la controversia desde la arista de la interseccionalidad, pues se trata de una mujer trans, que se percibe como miembro de la comunidad afrodescendiente y quien, además, fue valorada con una pérdida de la capacidad laboral del 16%.

69. En relación con el cuarto criterio para establecer si una tutela es de relevancia constitucional (supra fj. 67) y ante la afirmación de la abogada del empleador [87] y la conclusión del juez de tutela ad quem (supra fj. 39), quienes entienden que los actos discriminatorios no fueron alegados en el proceso laboral, habría que precisar que el hecho de que en las audiencias ordinarias la actora no hubiere profundizado en los actos discriminatorios presuntamente cometidos en su contra por parte de sus jefes y compañeros de trabajo, no enerva las conclusiones contenidas en el párrafo precedente, pues en la demanda laboral sí se alegaron actos discriminatorios, particularmente, en los hechos 14 y 15 [88] , lo cual, sin embargo, no fue objeto de estudio de las autoridades accionadas.

70. Aun en gracia de discusión, la Sala considera que tal omisión daría lugar a un debate sustancial y relevante constitucionalmente, habida cuenta de que sería necesario estudiar si dicha omisión se puede pasar por alto ante la facultad de los jueces laborales de fallar ultra y extra petita . Tales facultades constituyen una herramienta idónea para la protección de los derechos laborales y prestacionales y, como tal, para la vigencia y efectividad de los contenidos constitucionales.

Su estudio, pues, es un asunto de relevancia que amerita un estudio de fondo de la controversia planteada. 71. Conclusión sobre el estudio de procedibilidad de la tutela.

La acción de amparo sí es procedente porque están acreditados todos los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional. En consecuencia, la Sala Plena debe definir los problemas jurídicos a resolver, a partir del análisis de los requisitos específicos de procedencia del amparo en contra de providencias judiciales.

3. Delimitación del caso y planteamiento de los problemas jurídicos 72. La controversia gira en torno a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la identidad de género, igualdad y a la dignidad humana. Para Daniela , las autoridades accionadas vulneraron tales garantías constitucionales al discriminarla y no concederle la estabilidad laboral reforzada, a la cual considera tener derecho por los padecimientos renales y sicológicos que la afectan, estos últimos relacionados con su condición de mujer trans. Además, asegura que la Corte Suprema de Justicia le dio prevalencia a las formalidades del recurso extraordinario de casación. Por su parte, los jueces accionados entienden que las decisiones tuteladas se dictaron con fundamento en las pruebas del plenario, que mostraban que la actora no le informó a su empleador de los padecimientos que sufría y, adicionalmente, que la disforia de género no le impedía trabajar con normalidad, por lo que no puede ser tenida como fuente de estabilidad laboral reforzada. Adicionalmente, la Sociedad Global , en calidad de empleadora de Daniela , recalcó que la accionante no le informó debidamente de su estado de salud y agregó que, de todos modos, se hizo uso de la facultad que confiere la ley para terminar sin justa causa los contratos de trabajo y pidió considerar que se reconoció y pagó la indemnización de ley.

73. Corresponde a la Sala resolver, entonces, tres problemas jurídicos. Inicialmente, debe definir si los jueces accionados incurrieron en el defecto fáctico alegado y en violación directa de la Constitución, habida cuenta de la valoración indebida de las pruebas del expediente ordinario laboral, la omisión de su deber de decretar pruebas de oficio y los actos discriminatorios en los que se habría incurrido durante la etapa probatoria del proceso (infra num. 4). Posteriormente, tendrá que estudiar si hubo desconocimiento del precedente judicial al no reconocer la estabilidad laboral reforzada a la accionante (infra num. 5). Luego, debe establecer si la Corte Suprema de Justicia incurrió en defecto sustantivo al interpretar indebidamente el numeral 5º artículo 90 del CPTSS, que regula el deber de expresar los “motivos” del recurso extraordinario de casación (infra num 6). Finalmente, de ser necesario, el Tribunal deberá establecer el remedio constitucional a adoptar (infra num 7).

4. Defecto fáctico y violación directa de la Constitución. Valoración de la pruebas y terminación del contrato de trabajo sin justa causa 74.

Alcance de la jurisprudencia constitucional. Recientemente, en la Sentencia SU-349 de 2022, la Sala Plena reiteró su doctrina sobre el defecto fáctico. En la referida providencia, señaló que el defecto surge cuando el juez profiere una decisión sin el apoyo probatorio necesario para aplicar el supuesto legal que le da sustento a lo decidido. Si embargo, recordó que la jurisprudencia constitucional [89] también ha indicado que no cualquier clase de yerro tiene la entidad suficiente para afectar la validez de una providencia judicial. El vicio debe ser ostensible, flagrante y manifiesto. Además, debe tener incidencia directa en la decisión objeto de cuestionamientos. Todo, porque los jueces de tutela deben resguardar la autonomía del juez natural de la causa y, sobre todo, no convertir el mecanismo de amparo en una tercera instancia.

75. El defecto fáctico tiene una dimensión positiva, que consiste en que el juzgador aprecia pruebas que no han debido ser valoradas o las valora defectuosamente; y una negativa, que se presenta " cuando la autoridad omite erróneamente el decreto o práctica de pruebas, o «las valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente (…)»" [90] . En la dimensión negativa se incluyen las omisiones en la valoración de las pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados en la causa. En términos generales, la Corte ha identificado tres eventos de configuración de este tipo de defecto:

(i) la omisión en el decreto y la práctica de pruebas indispensables para solucionar el problema jurídico planteado; (ii) la falta de valoración de elementos probatorios debidamente incorporados al expediente que, de haberse tenido en cuenta, podrían haber cambiado el sentido de la decisión demandada; y (iii) la indebida valoración de los elementos probatorios aportados al proceso, dándoles un alcance no previsto por el legislador o la jurisprudencia.

76. Al referirse a la valoración defectuosa del material probatorio, la Sala Plena ha destacado que " (…) debe demostrarse que el funcionario judicial adoptó la decisión, desconociendo de forma evidente y manifiesta la evidencia probatoria. Es decir, se debe acreditar que la decisión se apartó radicalmente de los hechos probados, resolviendo de manera arbitraria el asunto jurídico debatido.

(…) " [91] . Desde esa perspectiva, el defecto fáctico por valoración defectuosa se presenta cuando: "(…) i) la autoridad judicial adopta una decisión desconociendo las reglas de la sana crítica, es decir, que las pruebas no fueron apreciadas bajo la óptica de un pensamiento objetivo y racional , ii) realiza una valoración por completo equivocada o contraevidente , iii) fundamenta la decisión en pruebas que por disposición de la ley no son demostrativas del hecho objeto de discusión, iv) valora las pruebas desconociendo las reglas previstas en la Constitución y la ley, v) la decisión presenta notorias incongruencias entre los hechos probados y lo resuelto, vi) decide el caso con fundamento en pruebas ilícitas y, finalmente, vii) le resta o le da un alcance a las pruebas no previsto en la ley (…) " [92] (negrillas propias).

77. Por otro lado, la Corte ha señalado que una providencia judicial incurre en violación directa de la Constitución cuando el juez que la dicta le da a una disposición normativa un alcance abiertamente contrario a la Carta Política [93] .

Sin embargo, este Tribunal también ha dicho que no cualquier irregularidad procesal o diferencia interpretativa configura dicho defecto, ya que:

"[e]s necesario que los reproches alegados sean de tal magnitud que permitan desvirtuar la constitucionalidad de la decisión judicial objeto de tutela" [94] .

Particularmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido que se configura la causal en comento cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Fundamental, al menos, en dos eventos:

(i) al dejar de aplicar una disposición iusfundamental, lo que ocurre cuando (a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata; y (c) en las decisiones se vulneraron derechos fundamentales y no se tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución Política. Y (ii) al aplicar la ley al margen de las disposiciones constitucionales [95] , lo que se presenta cuando se interpreta la ley al margen de los preceptos constitucionales, a lo que habría que agregar que todos los jueces deben tener en cuenta la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4 superior y, en todo caso de incompatibilidad, deben optar por las disposiciones constitucionales con preferencia frente a las legales [96] .

78. Alegatos de Daniela. La tutelante considera que los jueces de instancia incurrieron en defecto fáctico en sus dos dimensiones y, además, en actos discriminatorios que catalogó como contrarios a la Constitución Política. Respecto de la dimensión positiva , consideró valorado indebidamente el testimonio rendido por el médico Carlos Arturo Solís.

Específicamente, pidió tener en cuenta lo siguiente: 78.1. Que el juez interrogó al testigo de la demandada sobre cuestiones médicas relacionadas con nefrología, siquiatría, genética y sexología clínica, cuando su formación es en “administración de salud”.

78.2. Que, por su perfil, el galeno ocupa el cargo de director médico de la Clínica General . Lo que, además, conlleva a que tenga un interés directo en el resultado del proceso ordinario.

78.3. Que el médico entró a trabajar en la Clínica General en el año 2015, por lo que no tenía conocimiento del historial clínico de la accionante ni de “todo el proceso discriminatorio que sufr [ió] a razón de [su] condición de género y estado de salud” [97] .

79. En lo que atañe a lo que catalogó como la dimensión negativa del defecto, la accionante aseguró que los jueces laborales de instancia, por un lado, valoraron de forma arbitraria las pruebas del expediente y, por el otro, omitieron tener en cuenta la totalidad de las pruebas documentales. Particularmente, resaltó los siguientes argumentos:

79.1. No se tuvieron en cuenta las historias clínicas que daban cuenta de que, al momento de la terminación de la relación laboral, la accionante padecía problemas renales y sicológicos. Estos últimos, se dijo, fueron tratados por el juez de primera instancia como un “estado de ánimo” y no como patologías.

79.2. No tuvieron en cuenta que la accionante estaba incapacitada para el momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo. 79.3.

No se valoraron los testimonios que daban cuenta de los actos discriminatorios a los que fue sometida la accionante. 79.4. El juez de primera instancia vulneró sus derechos fundamentales al interrogarla, pues las preguntas que le hizo eran prejuiciosas y discriminatorias.

79.5. El juez a quo emitió las sentencia con fundamento en un diálogo extraprocesal que, por un lado, ocurrió cuando la audiencia de pruebas estaba en receso y, por el otro, consistió en una “indagación grosera sobre [sus] hábitos sexuales” [98] .

79.6. No se valoraron las pruebas que daban cuenta de que el empleador sí conocía del estado de salud de la accionante, particularmente, las pruebas testimoniales y una documental.

79.7. El juez de segunda instancia entendió que los médicos tratantes de la accionante no hacían parte de la EPS de la actora. 80. La accionante aseguró, además, que los jueces accionados pasaron por alto las pruebas del plenario que daban cuenta de los actos discriminatorios de la que había sido víctima por parte de sus jefes y compañeros de trabajo. Tales actos, así como los que perpetró el juez de primera instancia al practicar las pruebas testimoniales, fueron catalogados por la accionante como lesivos de su derecho a la dignidad humana y, como tal, contarios a la Constitución Política.

81. Postura de los jueces demandados . Las autoridades judiciales accionadas no se pronunciaron respecto de los reproches antes mencionados. Por un lado, el juez de primera instancia y la Corte Suprema de Justicia, en términos generales, se limitaron a señalar que sus decisiones fueron proferidas con fundamento en las pruebas del expediente. Por el otro, el Tribunal Superior de Buga guardó silencio.

82. Posición de la Sociedad Global . La apoderada de la empresa tampoco se pronunció sobre los planteamientos de la demanda de tutela antes referidos. Genéricamente, se limitó a manifestar que los alegatos de la accionante son “situaciones subjetivas” [99] y “su apreciación y sentimientos del desarrollo del debate ordinario” [100] .

Agregó que la sociedad nunca conoció del estado de salud de la actora y que no hay prueba de que la terminación del contrato estuviere motivada en razones discriminatorias. Aseguró que tal decisión se produjo con apego a la ley, debido a que se reconoció la indemnización respectiva.

83. Alcance de la controversia planteada. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala Plena circunscribirá el análisis de los defectos fáctico y por violación directa de la Constitución Política a establecer si los jueces laborales:

(i) valoraron indebidamente la prueba testimonial del expediente (infra num. 4.1.); (ii) incurrieron en actos discriminatorios y violatorios de la identidad de género en el ejercicio de la función judicial (infra num. 4.2.);

(iii) dejaron de estudiar las pruebas que le hubieran permitido concluir que la actora fue sometida a diversas formas de discriminación en el escenario laboral, dada su calidad de mujer trans y el proceso clínico que afrontaba en el momento de su despido (infra num. 4.3.); y omitieron las pruebas del expediente que daban cuenta de que el empleador de la accionante sí pudo haber conocido de su estado de salud, previamente a la terminación unilateral del contrato de trabajo (infra num. 4.4.).

84. Es del caso precisar que la Sala Plena no tomará en consideración los hechos expuestos sobre el vínculo de los médicos tratantes con la EPS de la accionante (fj. 79.7 supra).

Esto, no solo porque la Corte tiene competencia para definir el objeto del debate que debe resolver [101] , sino porque tales hechos reflejan un debate irrelevante en términos probatorios, pues, como ya se dijo, la razón principal de las decisiones cuestionadas fue que el empleador no conoció del estado de salud de la accionante. Desde esa perspectiva, aun suponiendo que le asiste razón a la parte actora en su alegato, lo cierto es que ese eventual defecto no tendría la entidad suficiente para afectar la validez de los fallos tutelados, a la luz de las subreglas mencionadas en los fundamentos jurídicos 74 a 76 supra .

4.1. Defecto fáctico. Valoración de la prueba testimonial 85. La Corte considera que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira incurrió en defecto fáctico por la indebida valoración de la prueba testimonial del expediente. Igualmente, entiende que el Tribunal Superior de Buga incurrió en el mismo defecto, habida cuenta de que no emitió pronunciamiento alguno sobre las circunstancias a las que se hará referencia en seguida, para lo cual se encontraba debidamente habilitado por el artículo 50 del CPTSS, que dispone que los jueces laborales pueden emitir fallos ultra y extra petita , y sobre todo, por el artículo 4º de la Constitución Política de 1991. En resumen, 8 86.

El juez valoró indebidamente los testimonios del expediente . Es natural que los jueces de la República carezcan de la experticia técnica que exige la solución de las controversias sometidas a su conocimiento. Para tales fines el legislador los habilitó para decretar, incluso de oficio, pruebas técnicas o de “auxilio judicial” [102] .

Al respecto, mediante la Sentencia T-554 de 2003, la Corte reconoció que “el dictamen como concepto de personas expertas en determinada ciencia, técnica o arte que instruye al juzgador sobre conocimientos de esa índole se convierte en un elemento más de los que se vale el funcionario para convencerse acerca de la realidad de los hechos materia del proceso” .

No obstante, lo que no es usual es que los tales funcionarios públicos omitan valorar la idoneidad de la persona o el documento que les ofrece los elementos técnicos de los que carece para fallar el caso, en el entendido de que los artículos 60 y 61 del CPTSS y 232 del Código General del Proceso (desde ahora, CGP), les imponen tal obligación de forma específica.

87. La Sala Plena considera que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira omitió dicho deber de verificación y, al hacerlo, incurrió en el defecto fáctico que se le imputa [103] . Por un lado, la referida autoridad no tomó en consideración que el médico Carlos Arturo Solís estaba dando cuenta de hechos que no presenció, pues, como él mismo lo reconoció, ingresó a la empresa un año después de que se terminara la relación laboral con la accionante [104] , lo que supone que no tiene un conocimiento directo sobre los hechos que le dan fundamento a su declaración. Por otro lado, el juez tampoco tomó en consideración que el médico que rendía testimonio no tenía experiencia en los aspectos médicos sobre el género diverso y los padecimientos renales, habida cuenta de que, según él mismo lo aceptó en audiencia, es cirujano y “especialista en administración de salud de la Universidad Javeriana” [105] y, como tal, desempeña el cargo de director médico. No obstante, al testigo técnico se le interrogó sobre “lesiones focales (…) de aspecto benigno” y sobre su tratamiento y la relación de este con “estrógenos” , ante lo que el juez laboral accionado guardó silencio en el momento de proferir el respectivo fallo.

88. Otra muestra de la falta de idoneidad del médico declarante que el juez laboral omitió verificar, es que este aseguró que la disforia de género es una “condición mas de la persona” [106] y con ello pretendió la invisibilización de sus efectos. Sin embargo, según el concepto que rindió la Universidad de Antioquia en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional, “no todas las personas con incongruencia de género o identidad trans experimentan disforia” [107] . En otras palabras, no todas las personas trans son diagnosticadas con disforia de género . Además, la “disforia de género es un diagnóstico siquiátrico” [108] que suele estar acompañado de un “malestar clínicamente significativo y alteración del nivel de funcionalidad global [d] el ser humano que lo experimenta” [109] .

Como tal, agregó la Universidad, se identifican tres núcleos centrales sobre las consecuencias de la disforia de género , a saber: (i) el que tiene que ver con la percepción individual y la integración de la disforia en el curso de vida;

(ii) el que “se relaciona sensiblemente, desde la proxemia, con la relación emocional y vital con los seres queridos ” [110] ; y (iii) el que abarca la relación social global, es decir, “la integración en múltiples entornos como el laboral, académico, social político, económico y de seguridad social, entre otros” [111] .

89. Lo mismo podría decirse respecto de los testimonios rendidos por Yesenia Roldán Muñoz, médico general con diplomado en epidemiología y especialización en gerencia en salud, y Juan Rafael Morón, médico general [112] , ambos amigos y compañeros de trabajo de la accionante; quienes fueron interrogados sobre los problemas renales de la empleada [113] y, particularmente, sobre el alcance de la disforia de género . Una evidencia de la problemática probatoria que gira en torno a la idoneidad de la prueba testimonial técnica, es que mientras el primer testigo señaló que la disforia de género es una “condición más de la persona” , el segundo señaló que

es un “trastorno de identidad sexual” [114] , “algo genético” [115] o una alteración hormonal [116] ; y el tercer testigo manifestó que es un “trastorno de la identidad” que se relaciona con el aspecto físico [117] . Los tres testigos incurrieron en otras imprecisiones al intentar responder a los cuestionamientos del juez sobre los efectos que tiene en la capacidad laboral la depresión mayor que sufre una persona diagnosticada con disforia de género . Lo mismo se puede resaltar respecto del alcance de las declaraciones técnicas sobre los efectos de la disforia de género , pues ninguno de los testigos profundizó sobre las problemáticas sociales, laborales y familiares que tiene dicho diagnóstico, aspectos de mucha importancia según lo que conceptuó en este proceso la Universidad de Antioquia [118] . Con todo, tales discrepancias no fueron objeto de pronunciamiento en ninguna de las sentencias que se tutelan.

90. Habría que agregar que el juez laboral accionado interrogó a la testigo Johana Andrea Quijano, ingeniera industrial [119] que ocupa el cargo de auxiliar de gestión humana en la Clínica General [120] , sobre la salud de Daniela . Entre otras, le preguntó si cuando la actora estaba trabajando “se le veía enfermo o como discapacitado” [121] y, en general, sobre su estado de salud. Ante tales interrogantes, y pese a que el abogado de la actora señaló que “ella no es médico, doctor” [122] , la testigo se pronunció sobre la condición de salud de la accionante. Esta situación tampoco fue objeto de valoración en la sentencia.

91. Por su parte, el Tribunal Superior de Buga se limitó a señalar que los testigos coincidieron en que la disforia de género no es una enfermedad, cuando esto no se corresponde con la realidad, según lo que se dijo antes, y nada dijo sobre la idoneidad de los profesionales de la salud para emitir concepto sobre asuntos ajenos a su formación profesional. Incluso, al resolver la tacha que promovió el apoderado de la demandante en contra del testimonio del médico Carlos Arturo Solís, el juez ordinario de segunda instancia se limitó a manifestar genéricamente que la declaración sería tenida como un testimonio técnico, “pues aporta al proceso desde el punto de vista médico científico” [123] .

92. Tales discrepancias exigían de los jueces laborales una labor argumentativa importante, no solo porque el caso involucra hechos de discriminación en contra de una mujer trans (infra nums. 4.2. y 4.3.), sino también porque las decisiones tuteladas se basaron en dos supuestos fundados en el conocimiento médico: por una parte, que la disforia de género y la depresión mayor no son enfermedades y, por la otra, que la patología renal debidamente probada no afecta la capacidad laboral y se puede vivir con ella [124] . Al no haber indagado sobre la idoneidad de los testigos que rindieron los conceptos técnicos que soportaron las dos conclusiones principales de los fallos, los jueces no podían tener en cuenta tales medios de prueba para fallar.

93. Esto, porque como lo ha reconocido esta Corporación, “[l]a prueba pericial [científica] tendrá valor probatorio y, por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si corresponde a un acto procesal que fue sometido al principio de contradicción y fue regular y legalmente practicado en el proceso, conforme a las reglas previstas en la ley para el efecto” [125] .

Particularmente, se deben tener en cuenta las reglas de valoración establecidas en los artículos 60 y 61 del CPTSS, que disponen que los jueces laborales deben analizar los medios probatorios en conjunto y definir sin estos le permiten llegar al convencimiento de los hechos ocurridos y las reglas técnicas que resultaren aplicables, “(…) inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal [de] las partes (…)” [126] .

94. El juez acudió a técnicas de interrogatorio lesivas de los derechos fundamentales de la accionante. En los asuntos no regulados en el CPTSS, así como también en aquellos en los que no sea posible la analogía normativa para suplir un eventual vacío legal, el artículo 145 ibídem remite al CGP [127] . El artículo 221.4 de esta codificación introdujo un sistema de interrogatorio cruzado en el que el juez tiene la potestad de formular preguntas a los testigos en cualquier etapa de la diligencia. En efecto, la norma en comento establece:

“ [a] continuación del juez podrá interrogar quien solicitó la prueba y contrainterrogar la parte contraria. En el mismo orden, las partes tendrán derecho por una sola vez, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al testigo, con fines de aclaración y refutación. El juez podrá interrogar en cualquier momento (…)” . Esta disposición debe entenderse en el marco normativo de la Ley 1149 de 2007, que reformó el CPTSS para hacer efectiva la oralidad en los procesos laborales.

95. La Corte ha tenido la oportunidad de referirse a la valoración de la prueba testimonial. En efecto, mediante la Sentencia SU-129 de 2021, se dijo que las normas procesales vigentes contienen tres tipos de reglas en lo que respecta al testimonio:

(i) las generales, que se refieren a la forma en que debe recibirse y los poderes del juez en tal ejercicio; (ii) las relacionadas con la evaluación de los aspectos subjetivos del testigo; y (iii) las de valoración del contenido de esta prueba. Por su relación con el caso, únicamente se tomarán en cuenta las primeras:

“ [a] el juez de instancia cuenta con la facultad de limitar los testimonios que le son solicitados. Esto puede hacerlo siempre que encuentre que con los demás testigos –o con las demás pruebas aportadas al proceso– es suficiente para acceder al conocimiento de los

hechos.

[b] Aunque la decisión anterior no tiene recurso alguno, en la segunda instancia el ad quem podrá escuchar los testimonios que fueron omitidos en la primera.

[c] En la diligencia del interrogatorio, el juez cuenta con la posibilidad de rechazar preguntas por su impertinencia, por ser repetidas, por ser superfluas o por afectar al interrogado. Y, en cualquier caso, [d] el juez tiene la potestad para «en cualquier momento de la instancia, ampliar el interrogatorio y exigir al testigo aclaraciones y explicaciones»" [128] .

Estas reglas reflejan gran parte de la doctrina de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla respecto de la valoración de la prueba testimonial, la cual hace parte del proceso de formación judicial [129] y, con tal naturaleza, se hacen exigibles a los diferentes funcionarios judiciales.

96. Las citadas reglas generales sobre valoración de la prueba testimonial, que la Sala Plena reitera en esta ocasión, deben ser complementadas con el objeto de hacerlas compatibles con el principio de dignidad humana, en el sentido de aclarar que a los jueces ordinarios les asiste el deber de garantizar los derechos fundamentales del testigo. No sería posible, desde este enfoque, que tales funcionarios permanezcan inactivos frente a un interrogatorio que pretenda vulnerar, por ejemplo, el secreto profesional o la intimidad personal y familiar de quien declara o de un tercero. En materia penal esta regla ya ha sido objeto de pronunciamientos de la Corte [130] , pues se encuentra consagrada en el literal "C" del artículo 392 de la Ley 906 de 2004, que establece que el juez debe prohibir toda pregunta que tienda a ofender al testigo. Es cierto que se trata de una codificación procesal en relación con la cual el CPTSS, el CPACA y el CGP no tienen remisión normativa alguna. Sin embargo, también es cierto que su aplicación analógica es viable porque, en criterio de la Sala Plena, tal aplicación materializa contenidos constitucionales del Estado Social de Derecho.

97. Adicionalmente, desde una perspectiva constitucional de la valoración de la prueba testimonial, es necesario hacer tres precisiones a la subregla mencionada en el párrafo precedente:

primero , que al juez también le asiste el deber de no hacer preguntas que ofendan al testigo, segundo , que en el interrogatorio se deben evitar preguntas que reproduzcan prejuicios y estereotipos que fomenten la discriminación. Esto último es muy importante en aquellos casos en los que la controversia involucra sujetos históricamente discriminados, como, por ejemplo, en los casos de violencia contra la mujer [131] , la definición de los derechos de las comunidades étnicas [132] o de los miembros de las comunidades diversas [133] .

Así lo ha reconocido la Corte al establecer el deber de valorar las pruebas con una perspectiva constitucional y en función del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades. Y, tercero, que el ámbito de protección de la subregla se puede hacer extensivo a las partes del proceso y a los terceros, cuando la declaración tiene como objeto su situación personal, conductas y omisiones. En suma, no es procedente, de un lado, que el juez haga preguntas que lesionan los derechos fundamentales de los testigos y, del otro, que las partes o el juez elaboren preguntas que afecten las garantías constitucionales de las personas involucradas en la declaración.

98. Para la Corte, un interrogatorio que no respete las reglas y subreglas mencionadas resulta lesivo de la dignidad humana y, como tal, contrario al orden constitucional. En consecuencia, la providencia judicial que se dicte con fundamento en dicho medio de prueba es violatoria del debido proceso y constitutiva de los defectos fáctico y violación directa de la Constitución.

99. Ahora bien, descendiendo al caso concreto la Sala Plena observa que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira incurrió en los dos mencionados defectos al valorar las pruebas testimoniales del expediente, habida cuenta de que, para superar el déficit epistémico en el que se encontraba, interrogó a los testigos por medio de preguntas prejuiciosas y contrarias a la dignidad humana de Daniela .

Todo, por las razones que pasan a explicarse. 100. Primer testimonio. Al empezar el interrogatorio de la testigo Yesenia Roldán Muñoz -uno de los cuatro decretados y practicados-, el juez empezó indagando los datos generales de identificación y, en seguida, le preguntó si conocía a la tutelante y sobre su formación académica. A continuación, el juez elaboró una serie de preguntas sobre la vigencia de la relación laboral, el salario y las prestaciones sociales de la accionante y la terminación del contrato de trabajo.

101. Concluido el interrogatorio del funcionario judicial, el apoderado de la demandante le preguntó varias cosas a la testigo, entre ellas si los problemas renales y la disforia de género se presentaban "súbitamente".

Ante la respuesta de la médico testigo, quien respondió negativamente y aclaró que "la disforia de género es algo genético" [134] , el juez intervino y preguntó:

"¿la qué (…) qué significa la disfolia (sic) de género?" [135] . En seguida, la testigo respondió según lo que se señaló en el fundamento jurídico 89 supra y el funcionario continuó diciendo "trastorno sexual… como gay" [136] .

Posteriormente, la testigo empezó a explicar las causas que, en su criterio, generaron la depresión mayor diagnosticada a Daniela , dentro de lo que incluyó la terminación de la relación laboral. Ante la respuesta de la testigo, el juez preguntó "¿o sea que si el vuelve a ser hombre normal se cura de todo?" [137] . Surtido un debate sobre el alcance de la respuesta de la médico testigo, el juez pretendió ordenar el debate:

"Es que son varias preguntas y varias respuestas. Vamos una por una. Primero la disforia de género que es, según usted [la médico], el trastorno sexual que lo convierte al hombre en un gay (…). Pero, ¿no podemos decir que el señor es gay o si? (…) ¿Pero yo lo veo normal como todos los muchachos de ahora que se peinan así, pero son normales? (…)" [138] 102.

Posteriormente, al abordar la problemática sobre la depresión mayor, el juez interrogó a la testigo sobre la relación de dicha patología con la terminación del contrato de trabajo y, ante la respuesta, en la que se trajo a colación el contexto de discriminación que afrontan las mujeres transgénero, el juez preguntó si la accionante no podía simplemente conseguir otro trabajo para superar la depresión, como él lo había hecho en varias ocasiones en su vida laboral. La testigo le aclara al juez que "él no es gay" con el objeto de diferenciar la terminación del contrato de trabajo con causas discriminatorias, a lo que el juez responde riéndose de forma despectiva, tal como se puede escuchar en el minuto 31:13 de la diligencia de pruebas.

103. El interrogatorio del juez a la testigo médico, como se observa, fue discriminatorio y prejuicioso y, como tal, lesivo del derecho fundamental al debido proceso, al menos, por tres razones:

Primero , debido a que algunas de las preguntas fueron planteadas teniendo como parámetro lo que es normal y lo que no lo es, binomio conceptual al que el juez adscribió, respectivamente, la heterosexualidad y la homosexualidad, claro está, sin contar con las imprecisiones en las que incurrió al usar la categoría gay, cuando al frente tenía una mujer trans cuya orientación sexual jamás fue siquiera mencionada en el proceso. Lo cuestionable de la distinción conceptual es que, en el fondo, es elaborada en términos morales, es decir, de lo que está bien y lo que no.

Segundo , debido a que el juez relacionó el aspecto físico de la accionante con la que juzgó era su orientación sexual, en el entendido de que vinculó su orientación sexual con la forma de peinar de las personas homosexuales, con lo cual, además, reprodujo una idea estereotipada que resulta absolutamente insuficiente para abordar la problemática que gira en torno a la identidad y expresión de género de personas como la tutelante.

Finalmente (tercero), debido a que, al señalar que la accionante podría volver a ser "hombre normal" , el funcionario judicial dio entender que la homosexualidad es una condición que se puede retrotraer en el tiempo o, lo que sería lo mismo; curar, cual si se tratara de una patología que se debe tratar, cuando la OMS dejó de considerar la homosexualidad como una enfermedad, al menos, desde principios de los años noventa, siguiendo a la Asociación Estadounidense de Psiquiatría, que dejó de hacerlo desde finales de los años ochenta [139] .

104. Segundo testimonio. A similares conclusiones se podría arribar respecto de la testigo Johana Andrea Quijano, a quien el juez laboral accionado le preguntó si, mientras estaba trabajando, Daniela se veía "normal " [140] .

105. Tercer testimonio. En la diligencia de testimonio del médico Juan Rafael Morón, el juez insistió en preguntar si Daniela " es una persona normal o anormal" [141] . Ante la solicitud de aclaración del testigo, quien pidió que el juez mencionara qué entiende como normal y anormal, el funcionario respondió:

"normal quiere decir que está bien de los cinco sentidos, y anormal que está loquito " [142] . Luego, el médico, amigo de la accionante, informó de los tratos discriminatorios de los que ella habría sido víctima, ante lo que el juez señaló:

"pero ¿él es normal, no?" [143] . Ante la respuesta, el juez señaló "o sea que si no es normal, ¿está loquito o alguna cosa? [144] . En seguida, el juez pidió explicaciones sobre la disforia de género y, ante la respuesta del testigo (fj. 86 supra), manifestó lo siguiente:

"¿Mejor dicho, o sea si una mujer es mujer pero se siente lesbiana es una cosa (…) ? Bueno, género masculino y femenino [respuesta al testigo sobre la diferencia que pidió hacer entre sexo y género], ¿él se siente hombre, varón y macho o se siente una hembra (…) Bueno, aunque a veces eso solamente está en la cabeza, a veces uno pasa por ahí y ni sabe que es hombre o mujer, sino simplemente cuando uno ve esas muchachas o muchachos de la Cámara de Comercio que sí se visten de mujer, pero eso dicen esto es marica o un gay , pero si lo ve vestido de hombre y con barba y todo dice, pues, dice es un varón… no sabe uno que tenga por dentro (…)" [145] (negrillas fuera de texto) 106.

El juez concluye esa parte del interrogatorio diciendo: "bien, para mí entonces no sufre de trastorno mental es normal, sino de una apetencia sexual diferente" [146] .

En seguida, al estudiar la depresión mayor que padece la accionante, el juez indaga al testigo sobre los alcances de la enfermedad, para lo cual busca asociarla con la felicidad y la tristeza, como estados de ánimo de los individuos. Incluso, en línea con esto, en la sentencia de primera instancia se concluiría que la depresión mayor “no es una enfermedad sino un estado de ánimo de la persona [, q] ue depende de las circunstancias externas, la cual le puede producir tristeza, pero también puede tener momentos de alegría de acuerdo a las circunstancias de la vida” [147] .

107. Este interrogatorio también fue discriminatorio y prejuicioso y, en consecuencia, lesivo de la garantía del derecho fundamental al debido proceso. Esto, por tres razones. Además de que reiteró el parámetro de valoración de normalidad y anormalidad en términos prescriptivos, el funcionario judicial introdujo a las preguntas la categoría “loquito”. Esta alusión, además de ser ofensiva con la parte demandante y con las personas en condición de discapacidad mental, tiene como consecuencia la invisibilización de los fenómenos de discriminación de los que fue víctima Daniela (infra 4.2. y 4.3.), en el entendido de que el juez limita la disforia de género a los aspectos siquiátricos, cuando esta tiene importantes efectos personales, sociales y familiares, como el testigo lo manifestó de forma insistente y lo señaló la Universidad de Antioquia en la intervención que presentó ante la Corte Constitucional [148] . Adicionalmente (segundo), la Corte encuentra que el juez acudió al adjetivo “marica” de forma peyorativa y prejuiciosa, no solo porque se trata de una palabra que se usa como insulto para los hombres homosexuales “afeminados” [149] , sino también porque acudió a dicho término con el objeto de reproducir diversos estereotipos patriarcales [150] .

108. Del mismo modo (tercero), el juez accionado hizo el interrogatorio al testigo basado en una inferencia prejuiciosa y discriminatoria, según la cual todas las mujeres transexuales son trabajadoras sexuales, en el entendido de que, al describir lo que él entendió como características “externas” de estas personas [151] , limitó sus razonamientos a las trabajadoras sexuales que trabajan cerca de la Cámara de Comercio de Palmira [152] , cuando, perfectamente, pudo haber hecho referencia a otro tipo de profesiones u oficios [153] , igualmente respetables que el trabajo sexual, que le hubieran permitido elaborar las mismas preguntas que elaboró para el interrogatorio. Este tipo de preguntas termina por excluir a las personas trans de las oportunidades laborales, pues, como lo resaltaron las universidades Icesi y Libre [154] , se exacerban prejuicios que se traducen en imaginarios negativos que, además, muestran que “las capacidades y habilidades profesionales, artísticas, artesanales, deportivas y creativas de las personas Trans han sido históricamente invisibilizadas y subvaloradas por los prejuicios y representaciones que se tienen sobre sus identidades y expresiones de género” [155] .

109. Al desatar el recurso de apelación que promovió la parte demandante, el tribunal se limitó al estudio de las patologías de la accionante y a verificar si el empleador las conocía o no, por lo que no emitió ningún tipo de pronunciamiento respecto de los hechos mencionados en los párrafos anteriores.

110. Estas pruebas testimoniales fueron decisivas en el sentido de la decisión, pues las mismas les permitieron a los jueces accionados establecer el alcance de las enfermedades alegadas como constitutivas de fuero de estabilidad laboral reforzada. Sin embargo, es importante aclarar que las pruebas practicadas desatendiendo las reglas y subreglas aquí mencionadas resultan per se contrarias al derecho fundamental al debido proceso, por lo que las mismas tendrían que excluirse y no podrían ser tenidas en cuenta por los jueces, so pena de que la decisión esté viciada por el defecto fáctico porque se estarían considerando medios indebidamente recaudados por los jueces. Todo, en aplicación de la jurisprudencia constitucional (supra fj. 76) y el ultimo inciso del artículo 29 de la Constitución Política que señala, expresamente, que “(…) [e] s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso (…)”.

111. Es del caso precisar que la mencionada nulidad de pleno derecho opera frente a las pruebas practicadas en detrimento de los derechos fundamentales, incluso, sin violencia física, como es el caso de las pruebas que se practican lesionando el derecho fundamental a la dignidad humana o la intimidad; y no solo respecto de las pruebas que se obtienen ilícitamente y que representan una violación de las garantías procesales de las partes. Tal postura que aquí reitera la Sala Plena, fue recientemente decantada por medio de la Sentencia SU-371 de 2021.

112. Habría que agregar que la conducta del juez Segundo Laboral del Circuito de Palmira pudo llegar a ser constitutiva del tipo penal de actos de racismo o discriminación , establecido en el artículo 134A del Código Penal, modificado por el artículo 2º de la Ley 1752 de 2015. Además, al haber actuado dentro de un proceso en el que se debían definir los derechos laborales de una ciudadana, la conducta pudo haber sido objeto de las circunstancias de agravación punitiva a las que se refieren los numerales 3º, 4º y 6º del artículo 134 de la Ley 599 de 2022. No obstante, debido a que el juez competente para definir tal responsabilidad es el juez penal y a que ello supone adelantar el proceso correspondiente, la Sala se abstendrá de emitir un pronunciamiento sobre el particular o emitir una orden en concreto, máxime cuando ya pudo haber operado el fenómeno de prescripción en los términos de los artículos 82.4 y 83 ibídem .

113. El juez laboral valoró un medio de prueba que recaudó en detrimento de los derechos fundamentales de las partes . La sentencia de primera instancia se basó en los tres testimonios señalados anteriormente y, adicionalmente, en lo que el juez llamó un diálogo extraprocesal con Daniela . En efecto, en la audiencia de fallo el juez a quo concluyó lo siguiente sobre la petición de declarar a la accionante como un sujeto en estado de debilidad manifiesta:

“ [n] o es procedente a vista del suscrito Juez que lo tuvo en su presencia y haciendo un diálogo extra procesal me di cuenta [de] que se trata de una persona normal, sin ninguna dolencia física, y que no tiene discapacidad mental; se orienta por si solo y puede responder y analizar las preguntas” [156] .

114. Daniela informó en qué consistió dicho diálogo extraprocesal . En la demanda de tutela manifestó que el día de la audiencia en la que se adoptó la decisión de primera instancia, el juez accionado suspendió la diligencia y, entre tanto, la accionante y su apoderado se dirigieron a una cafetería cercana al Palacio de Justicia del municipio de Palmira. Allí, según la ciudadana tutelante, ocurrió lo siguiente:

“(…) el señor juez (…), sin ser invitado, se sienta con nosotros y de forma irrespetuosa[,] lo cual había sido la constante durante todo el desarrollo de la audiencia[,] empieza a realizarme preguntas de índole sexual, dichas preguntas se orientaron a indagar sobre si yo tenía novio o novia; sobre si yo me vestía de mujer u hombre; sobre si yo me iba a dejar crecer el «cabello»; o qué por qué me peinaba así[,] (…) también me abordó de forma burlesca sobre si yo conocía esas “MARICAS” que se paraban ahí en la [C]ámara de [C]omercio, (…) y de forma muy grosera manifestó la siguiente frase «lo bueno es que las personas así como usted NO se varan, siempre consiguen trabajo en esos lugares». Haciendo alusión al trabajo sexual. A todos esos cuestionamientos en medio de mi asombro al ver la desfachatez, la falta de empatía, la falta de educación y el nivel extralimitado de irrespeto de ese juez hacia conmigo, sólo le respondí que mi orientación sexual no estaba siendo tema de debate en esta audiencia[,] que todo lo que me preguntaba era de índole personal y que no contribuía en nada a dirimir sobre la vulneración de mis derechos laborales y mi dignidad humana la cual había sido víctima por mi condición de género. Ese diálogo extraprocesal duró menos de 5 minutos y fue en ese lugar público donde todos los comensales que estaban cerca escucharon de esas preguntas e incluso algunos empezaron a mofarse, siendo re victimizada por ese honorable juez de la Republica de Colombia”.

115. Estos hechos, que no fueron objeto de controversia durante el proceso de tutela, dan cuenta de que el juez laboral, en realidad, lo que llevó a cabo fue un interrogatorio de parte. Esto, debido a que el funcionario provocó un pronunciamiento de la demandante sobre hechos que creyó relacionados con las pretensiones y fundamentos de la demanda ordinaria laboral. Esta declaración de parte, recuérdese, se encuentra regulada en el artículo 59 del CPTSS. El medio de prueba también es avalado en CGP así el mismo no genere confesión. Así se deriva de la normativa del Capítulo III de la Sección Tercera del CGP.

116. Ese medio de prueba, determinante en el sentido de la decisión, no fue practicado de acuerdo con las formalidades reguladas en los artículos 80 del CPTSS y 198 a 203 del CGP. En consecuencia, la autoridad accionada violó el debido proceso. En efecto, en torno al interrogatorio de parte, llamado por el juez diálogo extraprocesal , se presentaron varias irregularidades, a saber:

(i) el medio de prueba no fue decretado como tal por el juzgado y, por ende, la accionante nunca fue citada formalmente a rendir su declaración, con lo cual se omitió lo regulado en los artículos 77.1 del CPTSS 199 y 200 del CGP (ii) la declaración de parte se llevó a cabo fuera de la sede del juzgado y sin la presencia de la parte demandada;

(iii) al apoderado de la demandante, quien estaba presente en el “diálogo extraprocesal” , no se le permitió hacer preguntas a la declarante ni objetar las preguntas del juez, en detrimento de las formalidades prescritas en el artículo 80 del CPTS y en el artículo 203 del CGP. Todo lo anterior, sin perjuicio de los prejuicios y discriminaciones que ya fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Plena (supra ff.jj. 99 a 112).

117. Las irregularidades no fueron analizadas por el juez de segunda instancia. 118. Colofón de las consideraciones precedentes, la Corte considera que, al interrogar a los testigos, el juez accionado incurrió en el defecto fáctico alegado y en violación directa de la Constitución. De un lado, porque incumplió su deber de verificar la idoneidad de los testigos a los que acudió para superar el déficit epistémico en el que se encontraba, con lo que vulneró el derecho fundamental al debido proceso de las partes del proceso ordinario laboral. De otro lado, debido a que los interrogatorios que practicó fueron lesivos de la dignidad humana de la ciudadana accionante y del debido proceso de las partes. Igualmente, porque el fallo de primera instancia se fundamentó en un medio de prueba recaudado ilegalmente. Los medios de prueba, especialmente, las pruebas testimoniales, fueron determinantes en las tres decisiones tuteladas, habida cuenta de que la tesis sobre el conocimiento de las patologías encontró fundamento en la declaración de los testimonios practicados en el proceso. Esto se refleja al verificar los argumentos esbozados en las audiencias de instancia, cuyos “archivos de audio” reposan en el plenario.

119. Tales situaciones no fueron objeto de análisis por parte del juez de la casación, pese a que este se encuentra vinculado por los efectos normativos de la Carta Política (CP, art. 4). Sobre este último aspecto en particular se volverá luego, al analizar el defecto sustantivo que propuso la actora (infra num. 6).

120. La indebida valoración de las pruebas del expediente, entonces, afectó los derechos laborales de la accionante. Sin embargo, al estudiar los elementos de juicio del plenario en detrimento de los derechos fundamentales de Daniela , los jueces ordinarios también violaron directamente la Constitución Política, como se explicará en el numeral 4.2.

infra . Esto, claro está, sin contar con la discriminación a la que fue sometida la tutelante por parte de sus jefes y compañeros de trabajo, de lo que se ocupará la Sala Plena en el numeral 4.3.

infra . 4.2. Violación directa de la Constitución. Actos discriminatorios y violatorios de la identidad de género en el contexto de la administración de justicia 121.

El Derecho fundamental a la identidad de género . Esta garantía no está consagrada expresamente en la Constitución Política. Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido su existencia como derecho fundamental innominado [157] , bajo el entendido de que es difícil encontrar un aspecto más estrechamente relacionado con la construcción del proyecto de vida e “ individualidad del ser humano ” [158] que la definición del propio género [159] .

En este sentido, ha señalado que su protección constitucional y su estatus se deriva de la conexión intrínseca que este tiene con el principio de la dignidad humana [160] y los derechos fundamentales a la igualdad (CP, art. 13), a la intimidad (CP, art.

15) y al libre desarrollo de la personalidad (CP, art. 16). Este derecho forma parte del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos, como lo han resaltado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [161] , quienes han reconocido que esta prerrogativa busca erradicar “ nociones de determinismo biológico ” [162] que interfieren en la vida privada de las personas y socavan la construcción de su plan de vida de forma autónoma y libre de discriminación.

122. El derecho fundamental a la identidad de género es el derecho que le asiste a toda persona de construir, desarrollar y expresar su vivencia de género de manera libre y autónoma [163] , así como de reivindicar para sí la categoría social identitaria que mejor la represente [164] .

El género es el término que se utiliza para describir las construcciones socioculturales que asignan roles, comportamientos, formas de expresión, actividades y atributos “ según el significado que se da a las características sexuales biológicas ” [165] . La identidad de género , por su parte, es la “ vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente ” [166] , la cual puede corresponder o no con el sexo de nacimiento. Esta última, en consecuencia, consiste en la experiencia personal y social de ser hombre, mujer o de cualquier género diverso [167] .

123. El ámbito de protección del derecho a la identidad de género está compuesto, principalmente, por tres garantías fundamentales [168] : (i) la facultad de desarrollar la identidad de género de forma libre y autónoma;

(ii) el derecho a la expresión del género; y (iii) la prohibición de discriminación en razón de la identidad de género [169] . Por la pertinencia que tiene para resolver el caso concreto, la Sala Plena se concentrará en la última de las mencionadas garantías.

124. Prohibición de discriminación en razón del género . La identidad de género es una categoría protegida por la cláusula general de igualdad prevista en el artículo 13 de la Constitución Política [170] y es un criterio sospechoso de discriminación [171] . En este sentido, en principio, no es un criterio con base en el cual sea posible efectuar una distribución o “ reparto racional y equitativo ” [172] de bienes, derechos o cargas sociales. Las diferencias de trato que estén fundadas en esta vivencia o su expresión pública y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de otros derechos fundamentales [173] , son, prima facie, contrarias al orden constitucional [174] .

Desde esa perspectiva, una diferencia de trato legal o administrativa fundada en la identidad de género sólo será constitucional si existen poderosas razones objetivas que la justifiquen y esta supera las exigencias del juicio estricto de igualdad.

125. Las personas trans como sujetos de especial protección constitucional . Las personas de identidad trans son sujetos de especial protección constitucional [175] , debido a que han estado históricamente sometidas a formas de discriminación “ sistémica ” [176] e “ interseccional ” [177] . El género es una construcción social profundamente arraigada en la sociedad como base para tomar decisiones sobre la inclusión y la participación social, económica y política, por un lado, y sobre la exclusión y la marginación [178] , por el otro. La

noción de lo que son las normas masculinas o femeninas “ correctas ” o “ normales ”, ha excluido a las personas trans de la sociedad y las ha sometido a múltiples abusos en contra de sus derechos por parte de las autoridades y los particulares [179] . Así mismo, en ellas confluyen múltiples factores de vulnerabilidad tales como la pobreza, la exposición a la violencia y las barreras de ingreso al mercado laboral que, junto con la marginalización y el rechazo social derivado de su identidad de género diversa, acentúan las violaciones en contra de sus derechos.

126. La situación de vulnerabilidad social y económica en la que esta población se encuentra, ubica a las personas trans en una posición de desventaja frente al resto de la sociedad y las hace merecedoras de protección constitucional reforzada. Esta protección constitucional se concreta en dos garantías fundamentales:

(i) el derecho al reconocimiento jurídico de su identidad de género diversa [180] ; y (ii) la protección cualificada contra la discriminación [181] .

En adelante, por su relación con el caso concreto, se tomará en cuenta solo la segunda de las mencionadas garantías. 127. Protección cualificada contra la discriminación .

Las personas con identidades transgénero son titulares de una protección “ cualificada ” [182] y “ reforzada ” [183] contra la discriminación. Esta protección cualificada implica, de un lado, que las diferencias de trato que estén fundadas en la identidad de género diversa de esta población y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de otros derechos fundamentales, son, prima facie, incompatibles con la Constitución Política y deben ser sometidas a un juicio de igualdad de intensidad estricta [184] .

De otro, que existe una presunción de discriminación, en virtud de la cual se presume que las diferencias de trato y las acciones u omisiones que impliquen una afectación a los derechos de las personas trans tienen como causa su identidad de género [185] .

Por lo tanto, corresponde al presunto responsable de estas acciones desvirtuar la naturaleza discriminatoria de sus actos u omisiones. Por último, esta protección supone que el Estado tiene un “ deber cualificado de conducta ” [186] que le impone adoptar medidas afirmativas encaminadas a (i) erradicar las leyes y prácticas discriminatorias que afecten “ de jure o de facto ” [187] el desarrollo autónomo de la identidad de género de esta población;

(ii) fomentar la libre expresión de las identidades trans en los ámbitos académicos, laborales, gubernamentales y culturales; (iii) transformar los patrones de menosprecio y violencia física y simbólica que han operado en contra de esta población [188] ; y (iv) asegurar que las personas trans sean titulares de los mismos derechos y puedan ejercerlos en igualdad de condiciones con independencia de su identidad de género diversa [189] .

128. Esto último es de la mayor relevancia para los efectos del caso concreto, en el entendido de que la titularidad de los derechos y su ejercicio en términos de igualdad formal, de un lado, suponen la facultad de acudir al aparato judicial del Estado para exigir la garantía de los derechos conculcados y, del otro, impiden que los jueces lleven a cabo prácticas discriminatorias o repliquen los estereotipos que han justificado actos de menosprecio y violencia física y simbólica en contra de las personas con identidades transgénero, máxime cuando el reclamo de justicia de estos últimos es, precisamente, respecto de actos discriminatorios o violentos y estereotipados, pues, en tal hipótesis, este tipo de actuaciones deja a los miembros de dicha población en un escenario de revictimización judicial lesivo del orden constitucional, como se explicará a continuación.

129. La administración de justicia y el derecho fundamental a la identidad de género. El preámbulo de la Constitución Política establece que la justicia es uno de los fines esenciales del Estado. Igualmente, los artículos 228 y 229 ibídem disponen, respectivamente, que la administración de justicia es una función pública esencial [190] y permanente [191] y que se garantiza el derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia. Por regla general, esta última compete a los jueces y magistrados [192] y, excepcionalmente, ha sido encargada otro tipo de autoridades administrativas o legislativas, incluso, a particulares. Esto y aquello a la luz de lo establecido en el artículo 116 ejusdem . En términos prácticos, lo que buscó el constituyente fue asegurar la “efectividad de los derechos e intereses de los administrados” [193] , a partir de la definición de controversias de relevancia social, como ocurre, por ejemplo, con los conflictos laborales.

130. En la administración de justicia, están involucrados, al menos, cuatro grupos de derechos y prerrogativas constitucionales y convencionales.

Primero , los que dependen de la decisión en sí misma, usualmente regulados en normas sustantivas, para el expediente de la referencia, los derechos prestacionales que el CST le reconoce a Daniela como trabajadora.

Segundo , las garantías de acceso propiamente dichas, asociadas con la existencia de recursos judiciales efectivos [194] y la disponibilidad de recursos de infraestructura [195] y cobertura [196] .

Tercero, los derechos y prerrogativas adscritos al procedimiento jurisdiccional, coligados con la garantía del debido proceso y regulados en diferentes códigos de procedimiento, como es el caso de las normas que regulan la competencia de los jueces de la República, las prerrogativas de contradicción que se relacionan con los recursos ordinarios y extraordinarios , las garantías de publicidad que reflejan los distintos tipos de notificaciones o los regímenes de impedimentos y recusaciones . Y, por último (cuarto), pero no por ello menos importante, los derechos fundamentales que le asisten a las partes como usuarios de un servicio público esencial [197] , como, por ejemplo, los derechos fundamentales a la igualdad [198] , la intimidad y a no ser discriminados por los funcionarios judiciales.

131. El acto de administrar justicia, entonces, no se agota con el estudio de las pretensiones de las partes y terceros con interés, así como tampoco se limita "al cumplimiento formal de unos trámites procedimentales" [199] . No, el acceso a la administración de justicia supone la definición de la controversia planteada, lo que explica la necesidad de evitar fallos inhibitorios, y, además, el respeto de las garantías del debido proceso y, en general, de los derechos fundamentales de las partes y, eventualmente, de los terceros involucrados. Una decisión que se encargue de lo primero pero omita esto último y, con mayor razón, una que pase por alto esto y aquello, necesariamente, resultaría contraria al orden constitucional y, como tal, pasible de ser enjuiciada mediante la acción de tutela. En criterio de la Sala, las decisiones objeto de tutela están en la segunda situación, dados los defectos ya estudiados y los que se abordarán mas adelante.

132. Durante los últimos años, en la jurisprudencia constitucional se ha hecho énfasis en la necesidad de que los jueces ordinarios adopten decisiones en las que desarrollen enfoques orientados a lograr una verdadera igualdad real y efectiva. Además, este Tribunal ha señalado que, en consonancia con el principio de efectividad , el derecho de acceso a la administración de justicia debe estar orientado hacia la realización del derecho sustancial, consultando, en todo caso, el verdadero espíritu y finalidad de la ley positiva. Igualmente, a efectos de garantizar los derechos fundamentales de grupos sociales históricamente discriminados y, sobre todo, para evitar la reproducción de estereotipos que buscan legitimar diversas formas de violencia contra dichos colectivos, la Corte ha hecho explícita la necesidad de abordar diversos casos con un enfoque diferencial, como ocurre, por ejemplo, en los expedientes en los que se plantean problemas jurídicos que involucran personas en condición de discapacidad [200] , víctimas del conflicto armado [201] o defensores de derechos humanos [202] , así como los que exigen un enfoque étnico [203] o de género [204] .

Recientemente, mediante la Sentencia T-064 de 2023, se reiteró la relevancia de este tipo de enfoques para satisfacer las exigencias del derecho de acceso a la administración de justicia frente a poblaciones históricamente discriminadas.

133. El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira reprodujo sesgos de género contrarios a la dignidad humana, los cuales terminaron por afectar el derecho de acceso a la administración de justicia de Daniela.

Como se dijo antes (supra fj. 103, 107 y 108), el interrogatorio fue discriminatorio y prejuicioso y, como tal, violatorio de forma directa de la Constitución Política.

134. Lo anterior, al menos, por seis razones a las que ya se hizo referencia previamente: (i) el juez laboral recurrió al uso de manifestaciones lingüísticas tendientes a menoscabar y desvalorizar a la accionante, en su calidad de mujer trans, pues algunas de las preguntas fueron planteadas teniendo como parámetro moral lo que es normal y lo que no lo es, binomio conceptual al que el juez adscribió, respectivamente, la heterosexualidad y la homosexualidad;

(ii) al señalar que la accionante podría volver a ser "hombre normal" , el funcionario dio entender que la homosexualidad es una condición que se puede retrotraer en el tiempo o, lo que sería lo mismo; curar, cual si se tratara de una patología que se debe tratar;

(iii) el juez hizo el interrogatorio al testigo basado en una inferencia prejuiciosa y discriminatoria, según la cual todas las mujeres transexuales son trabajadoras sexuales, en el entendido de que, al describir lo que él entendió como características "externas" de estas personas, limitó sus razonamientos a las trabajadoras sexuales que trabajan cerca de la Cámara de Comercio de Palmira;

(iv) el juzgador a quo acudió al adjetivo "marica" de forma peyorativa y prejuiciosa, no solo porque se trata de una palabra que se usa como insulto para los hombres homosexuales "afeminados", sino también porque acudió a dicho término con el objeto de reproducir diversos estereotipos patriarcales;

(v) el funcionario judicial relacionó el aspecto físico de Daniela con la que juzgó era su orientación sexual, ya que vinculó esta última con la forma de peinar de las personas homosexuales, con lo cual, además, reprodujo una idea estereotipada que fundamenta diversos tipos de violencia; y (vi) el funcionario judicial introdujo a las preguntas la categoría "loquito", alusión que, además de ser ofensiva para la parte demandante y con las personas en condición de discapacidad mental, tiene como consecuencia la invisibilización de los

fenómenos de discriminación de los que fue víctima Daniela (infra 4.3.), en el entendido de que el juez limita la disforia de género a los aspectos siquiátricos, cuando esta tiene importantes efectos personales, sociales y familiares.

135. Tales conductas afectan gravemente la dignidad humana, según el alcance que la jurisprudencia le ha dado a dicho valor, principio y derecho [205] , particularmente, en lo que respecta a las dimensiones de actuar con base en un plan de vida definido de manera autónoma, es decir, vivir como se quiere, y la de ser protegido en su integridad física y moral, esto es, vivir sin humillaciones [206] . Es del caso señalar que " la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho " [207] .

En esa línea, esta Corporación ha indicado que la dignidad humana es el fundamento del derecho que le asiste a toda persona para desarrollar libremente su personalidad, su imagen y su sexualidad. El individuo, como tal, tiene la facultad de llevar su vida como bien le parezca, de acuerdo con su propia visión del mundo y con sus gustos personales [208] , ámbito en el cual no es aceptable ninguna intromisión.

136. En este punto, la Sala considera necesario hacer tres precisiones sobre el alcance de los actos discriminatorios en los que incurrió el juez laboral de primera instancia, las cuales tienen como objeto hacer aun más evidente la incompatibilidad de tales conductas con el orden constitucional y convencional. Por un lado, que la prohibición de discriminación no solo es exigible en el marco de las relaciones entre los particulares, trabajador y empleado en este caso, sino que también lo es exigible respecto de los funcionarios judiciales, quienes deben garantizar que las personas con orientación de género y sexual diversas puedan acudir al aparato judicial en busca de la protección de sus derechos, sin el temor a ser discriminados por ello, esto es, revictimizados por los mismos jueces de la República. Por otro lado, es importante señalar que recientes estudios académicos coinciden en señalar que "la disforia de género (…) ya no es entendida como una condición patológica que afecta a las personas, sino más bien una condición social o un síndrome biocultural que impide a las personas construir su cuerpo y comportamientos sexuados por fuera del canon estético y ético normativo del Estado y de gran parte de la sociedad" [209] . Desde esa perspectiva, entonces, es posible señalar que el juez laboral debía estar capacitado para valorar los aspectos de la disforia de género en el ámbito familiar [210] y social de la parte accionante [211] , incluso decretando pruebas de oficio, a efectos de garantizar que su decisión respetara la dignidad humana de Daniela y, por ende, fuera compatible con los valores de la Constitución Política. Con todo, el funcionario se limitó a indagar si Daniela estaba o no "loquita" y, al hacerlo, dejó de lado varias aristas de la problemática social que enfrentan las personas como la actora.

137. Igualmente (tercero), la Corte entiende necesario resaltar que la jurisprudencia interamericana ha sido enfática en señalar que el uso de estereotipos de género en los procedimientos judiciales y administrativos, entendidos aquellos como preconcepciones "de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente" [212] , es una forma de discriminación incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que es imperioso tomar medidas para erradicarlos [213] .

138. Esto último, es decir, el deber estatal de adoptar medidas tendientes a erradicar el uso de estereotipos de género en los procedimientos judiciales y administrativos, es de la mayor importancia para la efectividad y el ejercicio del derecho fundamental a la identidad de género. En consecuencia, en la parte resolutiva de esta providencia, se le ordenará al Consejo Superior de la Judicatura que, por medio de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, adopte las medidas necesarias para garantizar la formación de los funcionarios judiciales en temas asociados con las diversidades de género y sexual, inclusive en la Convocatoria 27 que actualmente adelanta, claro está, sin que esto implique en forma alguna que deba alterar el cronograma del Curso de Formación Judicial .

139. Esta orden se dicta como una garantía de no repetición en favor de la accionante. Sin embargo, sus efectos también irradian a las personas con identidades de género y sexuales diversas, dada la naturaleza estructural del problema de discriminación que esta población enfrenta. No es tolerable, por ejemplo, que estas personas se abstengan de acudir al aparato de justicia por el temor a ser sometidas a nuevos escenarios de discriminación, por lo que resulta imperiosa la necesidad de capacitar a los jueces en estas importantes temáticas.

4.3. Defecto fáctico. Actos discriminatorios en el contexto de las relaciones laborales 140. La Corte considera que el despido de la accionante sí fue discriminatorio y, en consecuencia, que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira incurrió en defecto fáctico al no decretar pruebas de oficio para establecer las circunstancias en las que ocurrieron los hechos y omisiones lesivas de los derechos fundamentales de Daniela .

Para sustentar tales conclusiones, la Sala establecerá el a lcance de la protección de las mujeres trans en el escenario laboral y, finamente, estudiará la constitucionalidad del despido de la ciudadana actora.

4.3.1. Alcance de la protección de las mujeres trans en el escenario laboral 141. Los derechos de las mujeres trans han sido reconocidos en diferentes normas, tratados internacionales e instrumentos de derecho blando, así como en decisiones proferidas por autoridades judiciales nacionales e internacionales. En términos generales, son titulares de los derechos reconocidos a todas las personas.

142. Los derechos laborales de las mujeres trans han sido registrados desde dos aristas, principalmente. Por una parte, internacionalmente se ha hecho énfasis en el derecho que les asiste a vivir una vida libre de violencia de cualquier tipo, incluida la que se genera en ambientes de trabajo [214] .

Por otra parte, nacional (infra fj. 151) e internacionalmente [215] se ha reconocido el derecho que tienen las mujeres trans a no ser discriminadas en diversos escenarios, incluido el laboral y de la seguridad social, habida cuenta de la calidad que ostentan de persona [216] .

143. La Organización Internacional del Trabajo estableció un importante marco de referencia para la protección de la mujer trans y en los escenarios laborales, a saber, el Convenio 111 de 1958, ratificado por la Ley 22 de 1967, cuyo objeto es la discriminación en el empleo. Este último fijó parámetros relevantes, pues reconoció que el Estado se encuentra obligado a promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo [217] , como fue ratificado recientemente en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo [218] . El referido convenio internacional también estableció los criterios para definir la discriminación en el ámbito laboral:

(i) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; y (ii) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación [219] . Con todo, también se reconoció que no son discriminatorias las exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado [220] , así como tampoco lo son aquellas medidas que pueden llegar a afectar a personas cuyas actividades afectan la seguridad nacional del Estado [221] .

144. En el año 2012, la Organización Internacional del Trabajo inició el proyecto “Identidad de Género y Orientación Sexual: promoción de los derechos, la diversidad y la igualdad en el mundo del trabajo” (Proyecto Pride, por sus siglas en inglés). Este proyecto, en el que se han realizado estudios sobre la discriminación de la comunidad LGBTI en el escenario laboral, tiene como objeto presentar buenas prácticas para promover una “integración significativa”. Allí se dejó en evidencia que la discriminación contra los miembros del colectivo comienza en la etapa de formación y luego se proyecta en el acceso al empleo y se replica en el “ciclo del empleo”, incluso, puede llegar al hostigamiento o el acoso y, eventualmente, el abuso sexual o maltrato físico en contra del trabajador. Igualmente, quedó claro que es necesario que los estados adopten medidas tendientes a proteger a la comunidad LGBTI en cada una de esas “etapas” y, en general, a evitar cualquier acto discriminatorio de sus miembros.

145. Los Principios de Yogyakarta contienen importantes parámetros para establecer el ámbito de protección de la mujer trans en los escenarios laborales. La Corte ha reconocido la importancia de estos instrumentos de derecho blando a la hora de fijar el alcance de los derechos de las personas transgénero a la libertad de expresión [222] , autonomía y dignidad humana [223] , salud [224] y personalidad jurídica [225] , entre otros. En lo que atañe al derecho al trabajo, el Principio 12 dispone que toda persona tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. En esa línea, se establece que todos los estados deberían:

(i) adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el empleo público y privado, “ (…) incluso en lo concerniente a capacitación profesional, contratación, promoción, despido, condiciones de trabajo y remuneración” ; y (ii) eliminar tales discriminaciones “(…) a fin de garantizar iguales oportunidades de empleo y superación en todas las áreas del servicio público, incluidos todos los niveles del servicio gubernamental y el empleo en funciones públicas, incluyendo el servicio en la policía y las fuerzas armadas, y proveerán programas apropiados de capacitación y sensibilización a fin de contrarrestar las actitudes discriminatorias” . Nótense las referencias expresas a la capacitación profesional, a la promoción o superación del trabajador y la necesidad de implementar medidas tendientes a la sensibilización contra toda discriminación.

146. La sociedad juega un papel importante en la prevención de la discriminación laboral que sufren las mujeres trans. Al respecto la Corte resalta que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos fijó algunos estándares de conducta para hacer frente a la discriminación en el ámbito empresarial [226] . Uno de los estándares tiene que ver con la comunidad, en el sentido de que se alienta a las empresas a utilizar su posición para contribuir a poner fin a los abusos contra los derechos humanos en los países en que realizan sus actividades, para lo que “deberán colaborar estrechamente con las comunidades y las organizaciones locales para definir qué enfoques constructivos pueden adoptar las empresas en contextos en que los marcos jurídicos y las prácticas vigentes violen los

derechos humanos de las personas LGBTI” . Estas medidas, se dijo, pueden consistir en la promoción pública, la acción colectiva, el diálogo social, la provisión de apoyo a las organizaciones que promuevan los derechos del colectivo LGBTI y la oposición a la validez o la implementación de medidas gubernamentales abusivas para dicho colectivo.

147. Este enfoque ha tenido efectos positivos en países como Argentina, en donde se han logrado importantes avances en la inclusión y la promoción de los derechos, por ejemplo, con herramientas como la “Mesa de empresas comprometidas con la diversidad sexual” y el “Proyecto de Empresas, Organizaciones y Sindicatos Comprometidos con los Derechos Humanos de la Población LGBTIQ” [227] . Incluso, recientemente se expidió la Ley 27636 del 24 de junio de 2021, cuyo artículo 5º señala que las entidades y empresas estatales “debe [n] ocupar en una proporción no inferior al uno por ciento (1%) de la totalidad de su personal con personas travestis, transexuales y transgénero” .

148. Otras experiencias del derecho comparado también resultan ilustrativas. En el Ecuador, por ejemplo, la ONU y el Ministerio del Trabajo suscribieron un memorial de entendimiento, cuyo objeto es promover políticas públicas con enfoque de género en las áreas de trabajo y empleo a efectos de erradicar las diferentes formas de discriminación que sufren, entre otras, las mujeres trans [228] . A partir de esta y otras experiencias parecidas se hizo posible que en la Ley Orgánica del Trabajo se incluyera una disposición tendiente a combatir el despido fundado en actos discriminatorios basados en la orientación sexual. Algo parecido ocurrió en Costa Rica y España, en donde, respectivamente, el Código del Trabajo y la denominada “Ley Trans” contienen disposiciones específicas que regulan este tipo de discriminación en los espacios laborales [229] .

Con medidas menos efectivas para los derechos laborales, pero también de gran importancia para la lucha contra la discriminación, en México, Estados Unidos, Uruguay, Canadá, Honduras, Bolivia y el Salvador se han adoptado políticas tendientes a reconocer subsidios a las personas que han perdido su empleo por causas asociadas con la discriminación en razón del género [230] y a proteger las identidades de género y sexual, en algunos casos en los ámbitos laborales [231] .

149. Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos emitió sentencia dentro del caso Bostock Vs. Clayton County, Georgia [232] en el que consideró, por una parte, que la discriminación por razones de género que prohíbe la ley de derechos civiles de 1964 no solo es aplicable a las personas cisgénero y, por la otra, que un empleador no puede despedir a alguien solo por el hecho de ser homosexual o una persona trans [233] .

Específicamente, allí se dijo: “Hoy, debemos decidir si un empleador puede despedir a alguien simplemente por ser homosexual o transgénero. La respuesta es clara. Un empleador que despide a una persona por ser homosexual o transgénero, despide a esa persona por rasgos o acciones que no habría cuestionado en miembros de otro sexo. El sexo juega un papel necesario e indiscutible en la decisión, exactamente lo que prohíbe el Título VII” [234] . Este fallo constituye un referente para el derecho constitucional, no solo porque opta por un enfoque evolutivo a la hora de evaluar las normas que regulan una conducta social relevante para el derecho, sino porque contribuye a la lucha contra la discriminación de la que son víctimas las personas trans, específicamente, frente a la terminación de los contratos de trabajo.

150. En el derecho internacional público se ha reconocido el fuero de estabilidad laboral reforzada para algunos casos asociados a hechos discriminatorios. Sin embargo, es necesario aclarar que la Corte no tiene conocimiento de algún caso o instrumento que proteja a las mujeres trans con dicho fuero. Así pasa, por ejemplo, con el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (1982), relativo a la terminación de la relación de trabajo, pues solo reconoce que el derecho al trabajo incluye la legalidad del despido e impone, como regla general, el deber de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho de acceso a los recursos judiciales efectivos en caso de despido que no se ajuste a tal exigencia. Incluso, la Corte Interamericana ha protegido la estabilidad laboral en aplicación del artículo 26 de la CADH [235] , pero tampoco ha hecho extensiva la protección a las mujeres trans. Con la misma restricción, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU ha reconocido que el derecho al trabajo involucra, entre otras prestaciones, el derecho del trabajador a no ser privado injustamente del empleo [236] .

151. El panorama local. La población colombiana que se identifica como transgénero asciende, aproximadamente, a diez mil personas, lo que equivale al 0,5% del total de la población del país. Ellos hacen parte de la comunidad LGBTI, que, a su vez, corresponde al 1.3 % del total de los colombianos. Además de ser una minoría, la población transgénero son el grupo poblacional con menor expectativa de vida, particularmente, las mujeres trans tienen una expectativa de vida cercana a los 35 años [237] . Desde una perspectiva laboral, la última “ Tasa global de participación, ocupación, desempleo y poblaciones” , que refleja la realidad del mercado laboral para la población LGBTI -Gran Encuesta Integrada de Hogares (2021-2022)-, refleja una tasa de desempleo del 15,4% y muestra que 120 mil personas LGBT se encuentran fuera de la fuerza laboral, es decir, el 25,0% de la población LGBTI en edad de trabajar. Con todo, es necesario tener en

cuenta que la discriminación histórica que ha padecido la mencionada comunidad tiene que ver, en gran medida, con la falta de información estadística.

152. La problemática laboral de la población LGBTI, entonces, es mucho más compleja que lo que muestran las cifras oficiales. En términos generales, con fundamento en las intervenciones recibidas durante el trámite de revisión y a la luz de diferentes fuentes normativas, la Corte pudo establecer que dicho colectivo enfrenta problemáticas, al menos de tres tipos:

(i) problemas de ingreso al sistema laboral, que tienen que ver con las barreras de acceso al mercado laboral formal [238] y la estigmatización respecto de los oficios a realizar [239] ;

(ii) problemas de permanencia en el sistema laboral [240] , vinculados a las pocas oportunidades de promoción al interior de las estructuras del trabajo [241] , la protección del sistema de salud [242] y los problemas de discriminación y los despidos relacionados con la orientación sexual o de género; y (iii) problemas posteriores a la salida del mercado laboral [243] , relacionados especialmente con la cobertura el sistema general de pensiones y otro tipo de ayudas a la tercera edad.

153. Para los efectos de este fallo y por las particularidades del caso de Daniela , únicamente resultan relevantes los problemas sobre la permanencia en el sistema laboral y, particularmente, las problemáticas de discriminación y de despidos relacionados con la orientación sexual o de género.

154. En su forma original, el artículo 10 del CST establecía que todos los trabajadores son iguales ante la ley y, como tal, tienen la misma protección y garantías, por lo que "queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la Ley (…)" . No obstante, esta misma codificación contenía regulaciones contrarias a dicho mandato de trato igualitario, como la que le prohibía a las mujeres ciertas actividades laborales (art. 242.3), declarada inexequible por la Corte mediante la Sentencia C-586 de 2016. En la práctica, el referido artículo 10 no era suficiente para contener los actos discriminatorios basados en la condición de género de las personas, menos si se trataba de personas trans. Sin embargo, no hay que olvidar que es una codificación que data de mediados del Siglo XX.

155. Ninguna de las referidas normas establece disposiciones especiales tendientes a proteger a las mujeres trans de la terminación del contrato de trabajo a través de la creación de fuero de estabilidad, como sí ocurre con las personas en condición de discapacidad o algunos trabajadores sindicales. Su protección legal, pues, se limita al acoso laboral y a los escenarios de discriminación que reconoce el Convenio 111 de la OIT, los cuales se deben interpretar a la luz de los Principios de Yogyakarta . A continuación, la Sala Plena se referirá a la manera como se ha tratado la problemática a nivel jurisprudencial.

156. Jurisprudencia constitucional . En lo que atañe a la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, la jurisprudencia sobre las personas trans no ha sido suficientemente desarrollada. Por un lado, la Corporación ha resuelto casos que tratan sobre actos discriminatorios no laborales o por causas asociadas a otros derechos diferentes a la identidad de género [244] , incluso, recientemente la Sala Plena unificó su postura sobre la terminación del contrato laboral en aquellos casos en los que se alega la violación de los derechos fundamentales, pero lo hizo en un caso asociado a la libertad de expresión en el ámbito de la autonomía universitaria [245] .

Por otro lado, aunque el Tribunal ha resuelto casos en los que el empleado despedido es una persona trans, lo cierto es que lo ha hecho a la luz de la línea jurisprudencial sobre estabilidad laboral reforzada de portadores de VIH [246] .

Incluso, se ha visto impedida par abordar la discusión que ahora estudia, porque no está debidamente probada la existencia del contrato de trabajo [247] .

157. En ese contexto, la sala Plena considera que, para resolver el alegato sobre discriminación que planteó la mujer trans tutelante, es necesario acudir a la línea jurisprudencial sobre presunción de inconstitucionalidad de los despidos rodeado de indicios de violación de los derechos fundamentales, para lo que es necesario hacer una aplicación expansiva de las reglas de la Sentencia SU-236 de 2022, a efectos de asumir el caso como uno de discriminación laboral por identidad de género. Esto, porque el caso tiene unas particularidades en concreto que ameritan tal enfoque:

(i) la accionante es una persona trans, (ii) el caso involucra actos discriminatorios en el ámbito laboral, (iii) la tutelante fue revictimizada por acción de autoridades judiciales, como ya se explicó en el numeral 4.2.

supra . 4.3.2. Sentencia SU-236 de 2022. Presunción de inconstitucionalidad de despido a favor del trabajador separado de su cargo 158. Al dictar la Sentencia SU-236 de 2022, la Corte Constitucional resolvió la controversia generada en torno al despido sin justa causa de una docente que empleaba las redes sociales y distintos medios de comunicación para expresar sus posturas políticas relacionadas con lo

que denominaba “feminismo y el populismo progresista y el republicanismo plebeyo, democrático y plural” . En esa ocasión, la Sala Plena constató que la jurisprudencia en vigor establecía que, para efectos de consagrar la justificación del despido, era necesario verificar el vínculo causal entre las expresiones del trabajador y la terminación del contrato y las afectaciones concretas que dichas expresiones le generaban al empleador, pues la terminación del contrato de trabajo constituía una facultad legítima de este último. Sin embargo, allí la Corporación decidió unificar su jurisprudencia y precisar su postura en este aspecto, en el sentido de “consagra [r] una presunción de inconstitucionalidad de despido a favor del trabajador separado de su cargo”.

La presunción opera, solamente, cuando el despido está rodeado de hechos, circunstancias o, en general, de indicios que sugieren que la terminación del vínculo laboral se fundó o pudo haberse fundado en una acción u omisión que implica la vulneración de los derechos fundamentales del empleado. En el caso concreto, esta presunción complementa aquella que protege a las personas con identidades de género de diversas (supra fj. 127).

159. Metodológicamente, la Corte estableció un juicio de valoración que tiene como objeto determinar si el despido materializa un acto discriminatorio o comporta la vulneración de derechos fundamentales, al constituirse en una sanción o retaliación al ejercicio legítimo de un derecho protegido. En términos prácticos, “cuando existan indicios o sospechas de que la terminación unilateral del contrato laboral por parte del empleador envuelve la violación de un derecho fundamental, el análisis constitucional se realiza en dos fases consecutivas” y escalonadas:

una fáctica y una valorativa. 160. Faceta fáctica del juicio . Tiene como objeto establecer si existe un nexo causal entre el despido y el ejercicio de la libertad o la condición protegida. En esta fase es necesario analizar si las razones aducidas por el empleador son objetivas y válidas, de tal forma que desvirtúen la presunción de inconstitucionalidad del despido, “(…) así como el nexo causal entre el ejercicio de una libertad o la existencia de una condición constitucionalmente protegida, como son la pertenencia étnica, la raza, el género , la identidad de género o la condición migratoria, del trabajador y su despido (…)” (negrillas propias). Esto, porque, según la jurisprudencia constitucional, un despido se presume inconstitucional porque existen indicios de que se dio como reproche o retaliación a ciertas expresiones del trabajador desvinculado o como forma de discriminación. Desde esta perspectiva, en consecuencia, resulta necesario:

primero , que el trabajador despedido exponga los indicios que evidencian que su desvinculación estuvo motivada en el desconocimiento de un derecho fundamental o fue discriminatoria y, segundo , que el empleador demuestre que existen razones objetivas o válidas para proceder a la desvinculación del trabajador.

161. Para llevar a cabo tal estudio, se dijo en la sentencia en comento, es necesario acudir a la carga dinámica de la prueba, según la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba correspondiente [248] .

Adicionalmente, dadas las particularidades del proceso sub examine , en esta ocasión la Corte entiende necesario precisar que, en los procesos laborales de discriminación basada en la identidad de género, también es responsabilidad del juez valorar las pruebas del expediente, incluida la indiciaria, con una perspectiva de género.

La Corte ya ha tenido la oportunidad de señalar que “el proceso ordinario laboral se rige por las reglas de la libre apreciación de la prueba” [249] y, como tal “debe cumplir simplemente con los criterios de razonabilidad” [250] , definida en contraposición del concepto de arbitrariedad. En complemento, la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia ha acudido al estándar [251] de “prueba necesaria” en procesos ordinarios laborales [252] . Desde el enfoque de género, sin embargo, es necesario que el juez también tome en consideración el contexto de discriminación al que han sido sometidas las mujeres trans, con el objetivo de establecer las verdaderas causas del despido.

En la práctica, los jueces laborales deben valorar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon la terminación del contrato de trabajo con menor rigor respecto de la manera como lo harían usualmente.

En palabras de la jurisprudencia constitucional [253] , los jueces laborales deben aplicar las reglas del razonamiento abductivo o hipotético a efectos de establecer los motivos de la terminación del contrato de trabajo. Con todo, tal enfoque no supone en forma alguna una facultad para violar las garantías procesales de las partes en contienda.

162. La Corte estima razonable pedir al empleador y al trabajador que aporten las pruebas que demuestren las razones o permitan construir indicios que, a su juicio, llevaron al despido. En efecto, señaló que “exigir al empleador que exponga las razones que motivaron tal determinación no supone desnaturalizar las figuras del despido con o sin justa causa, porque resulta necesario analizar si el retiro del trabajador se fundó en el ejercicio de derechos fundamentales del empleador o si, por el contrario, existen motivos que desvirtúan la presunción de inconstitucionalidad del despido, derivada de la asimetría de la relación laboral” . Tal exigencia al empleador,

adicionalmente, encuentra sustento en la presunción de discriminación establecida para la protección de las personas con orientaciones de género diversa (supra fj.

127), en virtud de la cual le corresponde al presunto responsable -empleador en este caso- desvirtuar la naturaleza discriminatoria de sus actos u omisiones (supra fj. 158).

163. Igualmente, se entiende razonable esperar que el trabajador describa los indicios que lo llevaron a considerar que su despido supuso la vulneración de sus derechos fundamentales ante la ocurrencia de hechos, circunstancias u omisiones que considera constitutivos de discriminación. Con todo, la Sala Plena ha reconocido la dificultad inherente a demostrar estas circunstancias, en el entendido de que "un empleador no va a hacer explícito que un despido se dio por motivos discriminatorios" . Es precisamente por esto que se diseñó la metodología que hoy se acoge y reitera, según la cual es necesario valorar holísticamente el despido y ponderar las razones que tanto empleador como trabajador aducen como motivo de desvinculación. Todo, porque el despido por razones no explícitas no autoriza el despido arbitrario del empleado.

164. Faceta valorativa del juicio. Busca calificar jurídicamente la decisión del empleador a efectos de determinar si esta desborda la autonomía contractual del empleador para dar por terminado el vínculo laboral y si ello configura la vulneración de un derecho fundamental. El juez debe determinar si la circunstancia que dio lugar al despido es objeto de protección constitucional en el escenario laboral y si, debido a dicha protección constitucional, las facultades con las que cuenta el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, no pueden ejercerse en ese contexto específico. Sobre el tema en particular, en la Sentencia SU-236 de 2022 se dijo:

"(…) el interrogante no se centra en determinar si, en abstracto, el trabajador fue despedido por haber ejercido alguna libertad fundamental o porque tiene una condición especialmente protegida por la Constitución, como el género, la pertenencia étnica o el estado de salud, sino si, en el escenario concreto en el que se produjo la desvinculación, esta libertad o esta condición fue determinante en la decisión; de tal forma que, en este contexto particular, esta salvaguardia especial desplaza la facultad con la que en general cuentan los empleadores para dar por terminado el contrato de trabajo (…)" .

165. La Sala Plena estableció dos referentes objetivos de valoración: primero , las causales legales para la terminación unilateral del contrato de trabajo y, segundo , la naturaleza de la actividad desplegada por el trabajador y la de la relación laboral. Frente al primer referente, el CST establece unas hipótesis en las que el empleador está habilitado para terminar el contrato laboral con justa causa, sobre la base de que se han presentado circunstancias no imputables al empleador que, desde una perspectiva objetiva, impiden dar continuidad a la prestación de los servicios del trabajador. En estos casos existe una valoración legislativa previa sobre las circunstancias que, aún pudiendo comprometer indirectamente el ejercicio de un derecho fundamental o una condición constitucionalmente protegida, justifican jurídicamente la terminación unilateral. Así, cuando está debidamente probado que la desvinculación se ampara en una de las justas causas establecidas en el artículo 62 del CST, queda desvirtuada la presunción de inconstitucionalidad del despido y, por ende, debe asumirse que la terminación del contrato está protegida constitucionalmente, incluso si este envuelve, directa o indirectamente, la restricción a una libertad fundamental o una condición constitucionalmente protegida. Esto, claro está, no enerva la obligación de tomar en consideración el alcance de los fueros de estabilidad laboral reforzada que han reconocido la ley y la jurisprudencia constitucional.

166. Respecto del segundo referente, es necesario determinar si el hecho que da lugar al despido trunca la misión del empleador o impide el desarrollo de las actividades contratadas, en aquellos casos en los que el empleador no tiene una misión específica -e.g. cuando se contrata un empleado del servicio doméstico-. Si la respuesta a ese cuestionamiento es afirmativa, debe descartarse la inconstitucionalidad del retiro. Al respecto, en el fallo de unificación en comento se dijo lo siguiente:

" [e] l segundo referente objetivo de valoración es la naturaleza de la actividad desplegada en el marco de la relación laboral, teniendo en cuenta que la decisión del empleador de vincular al personal de trabajo se ampara en la necesidad de obtener un apoyo para el desarrollo de dicha actividad, y que, por tanto, en función de este objetivo fundamental que constituye la razón de ser de las relaciones laborales, se debe determinar el alcance de las potestades de retiro y de desvinculación de los trabajadores" .

167. Alcance de las reglas de unificación . Las reglas analizadas constituyen un referente importante para la protección de los trabajadores. Sin embargo, tal y como se dijo en la Sentencia SU-236 de 2022 y se reitera en la presente sentencia, el despido sin justa causa constituye todavía un mecanismo legal y viable para terminar cualquier vínculo laboral [254] , debido a que la Corte avaló la constitucionalidad de la norma que lo regula, en la Sentencia C-1507 de 2000.

168. Es verdad que los contratos de trabajo tienen envuelta la condición resolutoria y también lo es que esta no exige valorar la culpa de las partes, según lo que ha considerado esta Sala con apego al artículo 1625 del Código Civil [255] . Una lectura dogmática de esta

disposición daría a lugar a entender que el empleado no puede cuestionar en sí misma la decisión de terminar el contrato sin justa causa, cuando se paga la indemnización respectiva. Desde esta perspectiva, se podría llegar al punto de asumir que la facultad que tiene el empleador de terminar el contrato sin justa causa es ilimitada, esto es, que su motivación está excluida del control jurisdiccional, habida cuenta de que la condición resolutoria no trae implícito el deber de calificar la conducta. Sin embargo, tal interpretación resulta ajena a varios postulados constitucionales, dentro de los que la Sala Plena resalta el con fin de proteger el trabajo dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo (CP, preámbulo); el hecho de que Colombia es una República fundada en el trabajo (CP, art.1); el derecho que tiene toda persona a un trabajo en condiciones dignas y justas (CP, art. 25); la igualdad de oportunidades para los trabajadores (CP, art. 53); y el derecho de acceso material a la administración de justicia (CP, art. 226). Así, desde una perspectiva constitucional, no es posible asumir que el trabajador no puede acudir ante los jueces para demandar el pago de la indemnización correspondiente -si es que no se la pagaron- y, si lo considera necesario, para cuestionar la decisión de su empleador por considerarla contraria al orden legal.

169. No quiere decir lo anterior que a los empleadores les asista per se el deber de hacer explícitas la razones por las cuales terminan el contrato de trabajo en todos aquellos casos en los que hacen uso de la facultad que les otorga el artículo 64 del CST, ya que el legislador reconoció que es viable dicha terminación, precisamente, sin que medie una justa causa para tales fines [256] , para lo cual, por supuesto, estableció el deber de indemnización de perjuicios.

En sí misma, esta facultad no riñe con la Constitución Política. Lo que quiere señalar la Sala Plena es que el legislador no reconoció una potestad para que los empleadores terminen los contratos con motivaciones contrarias al orden constitucional, con el argumento de estarlo haciendo “sin justa causa” o al amparo del artículo 64 ibídem . En estos escenarios de violación del orden constitucional es viable que el empleado acuda ante los jueces laborales para cuestionar la terminación del contrato de trabajo. El debate será probatorio y, como tal, debe surtirse en sede judicial. Una cosa es que la terminación del contrato no tenga justa causa y otra, diferente, es que la causa sea contraria al ordenamiento jurídico y que sus motivaciones pretendan ser cobijadas con la potestad que confiere el artículo 64 del CST. Lo primero, para este Tribunal y la jurisprudencia ordinaria, es una potestad conferida por el legislador a los empleadores privados, que refleja importantes fines constitucionales. Lo segundo, sin embargo, es una conducta contraria al orden legal que, en términos prácticos, consiste en ejercer la condición resolutoria del contrato y asumir el pago de una suma a efectos de justificar actos contrarios a la Carta Política. Como tal, esta conducta puede ser juzgada en el marco analítico de la doctrina del abuso del derecho, para este caso del derecho a la terminación del contrato de trabajo [257] .

4.3.3. Valoración del despido de Daniela (caso concreto) 170. La Sala Plena considera que el despido de Daniela es inconstitucional, debido a que está probado en el expediente que tuvo origen en actos discriminatorios. Para sustentar tal conclusión se ejecutará el juicio establecido mediante la Sentencia SU-236 de 2022:

(i) faceta fáctica; y (ii) faceta valorativa. (i) Faceta fáctica del juicio 171. La Sala Plena considera que existe un nexo causal entre el despido y la identidad de género de Daniela . Por una parte, la Sociedad Global no demostró la existencia de razones objetivas o válidas para la desvinculación de la trabajadora. En el trámite de tutela, la referida sociedad no se refirió a tales razones, ya que se limitó a afirmar que el despido se produjo al amparo del artículo 64 del CST y que se pagó la indemnización correspondiente. Adicionalmente, al referirse a los actos discriminatorios adujo que estos debían ser probados por la trabajadora accionante. Incluso, pese a que la magistrada sustanciadora le preguntó a la empresa cuáles fueron “las causas de terminación de la relación laboral que tenía con [Daniela] ” , esta guardó silencio al respecto, a pesar de que la Secretaría General de la Corte notificó debidamente a la sociedad y a su apoderada judicial [258] . Esta omisión sería suficiente para entender que, en lo que respecta a la primera fase del juicio, no se logró desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad del despido, por lo que se debería seguir con la ejecución de la segunda fase. No obstante, la Corte se referirá a los hechos discriminatorios, no solo a efectos de generar una decisión mejor sustentada, sino también por la necesidad de reconocer los hechos de discriminación de los que fue víctima la accionante y para dejar en evidencia que estos resultan ser cuestionables desde una perspectiva legal y jurisprudencial.

172. Por otra parte, Daniela dio cuenta de las razones por las que consideró que su desvinculación es inconstitucional al ser discriminatoria, las cuales anunció en la demanda laboral ordinaria (hechos 14 y 15) [259] , reiteró en el libelo de tutela (hechos 11 a 16) [260] y detalló durante el proceso de revisión surtido ante la Corte. En términos generales, Daniela le pidió a la Sala Plena tener cuenta la ocurrencia de hechos relacionados con:

(a) maltrato y discriminación laboral, debido al bullying y burlas de sus jefes y compañeros de trabajo, algunas asociadas con su condición de afrodescendiente; y (b) persecución laboral, consistente en reasignación de funciones y dependencias y cambios

subrepticios de los turnos de trabajo nocturno.

· Maltrato y discriminación laboral: burlas de sus compañeros de trabajo y directivos de la empresa 173. La accionante fue sometida a tratos discriminatorios, consistentes en “expresiones verbales, corporales y señalamientos jocosos, reiterativos y sistemáticos” [261] . Sin precisar las fechas, explicó en qué consistieron tales hechos. Narró que en sus intervenciones en las revistas médicas, llevadas a cabo en las mañanas con el equipo profesional de la Clínica, era común que sus compañeros se burlaran de sus “modismos” con expresiones como “reguero de plumas”. Agregó que, en el cuarto en el que se hacía el “descanso médico” de los turnos nocturnos, era igualmente usual que sus compañeros se refirieran a ella como “marica” y aseveró que, a la par, le preguntaban por su vida íntima y sexual con interrogantes como “¿con quién andas saliendo?”, frente a lo que decían frases como “uy, mucho cuidado con «el» Dr. (…) que de pronto le gatea en la noche” . Cuestionó que sus compañeros solían hacer chistes estereotipados sobre la comunidad LGBTI sin ningún tipo de explicación o contexto, los cuales, señaló, no afectaban a ninguna otra persona del equipo de trabajo diferente a la actora.

174. Daniela señaló que las reuniones del Comité de Ética Médica, del cual ella hizo parte elegida por algunos de sus compañeros de trabajo, se llevaban a cabo por fuera del horario laboral, por lo que era común que se asistiera con “indumentaria civil”. En ese contexto, explicó que “como consecuencia de [su] progresiva incorporación y expresión de género femenin [o] , en varias ocasiones el director médico [,] con gestos de desagrado [, l] e preguntaba «¿usted por qué se viste así?»;

[¿] Esa es ropa de mujer o de hombre [?] ” [262] . Estas preguntas la hacían sentir incómoda y desataban las risas de los otros miembros del Comité. En tales reuniones, agregó, “se hacía alusión [a] los conceptos religiosos Católicos referentes al «homosexualismo», [e]n donde enfatizaban la tradición religiosa (…) de la empresa” [263] . Resulta del caso precisar que, al consultar la “historia institucional” de la empresa que actualmente tiene a cargo la operación de la Clínica General , la Sala Plena pudo establecer que a la accionante le asiste razón cuando afirma que dicha empresa está formada bajo principios religiosos.

175. La tutelante informó que, ante sus reproches, los miembros del Comité Ético, le respondían que “los Homosexuales siempre llegaban con una ETS (enfermedad de Transmisión Sexual), y que claro que se debía orientar al personal para que cuando llegue un miembro de la comunidad LGBTI no se fueran a «contagiar»” [264] .

La directriz de la compañía, además de ofenderla a ella, afectaba a toda la comunidad y reproducía varios estereotipos discriminatorios. 176.

La Sala Plena encuentra que, en el mismo sentido en el que lo hizo el juez laboral de primera instancia, las directivas de la Clínica General y los compañeros de trabajo de Daniela la sometieron a diversas formas de discriminación que generaban en ella momentos “tormentosos que exacerbaron [su] angustia, dolor emocional y empeoraron [su] depresión mayor”, particularmente, por las referencias y expresiones estereotipadas con las que se comunicaban con ella. Adicionalmente, la Corte encuentra, con preocupación, que subsisten diversas narrativas discriminatorias que terminan por afectar gravemente la efectividad de los derechos de las personas con orientación de género o sexual diversas. Por un lado, los hechos narrados dan cuenta de que se mantiene la práctica de asumir que estos sujetos siempre son portadores de enfermedades de transmisión sexual [265] .

Por la otra, los actos discriminatorios reflejan la idea de que estas personas no pueden elegir una pareja -si es que quieren hacerlo- porque sienten gusto y atracción por cualquier persona de su entorno, por lo que, se cree, infundadamente, intentarán un contacto sexual con cualquier individuo que se les acerque, aun sin el consentimiento de aquellos. Esto último, con ocasión de las afirmaciones de los compañeros de trabajo que sugerían que Daniela podría “gatearles” durante el tiempo de descanso en los turnos nocturnos.

177. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario aclarar que las pruebas del expediente no son suficientes para establecer un vínculo causal entre los hechos de discriminación y el credo institucional que, al parecer, tiene la Clínica General .

· Maltrato y discriminación laboral: actos asociados con la condición de mujer trans y afrodescendiente 178. La demandante señaló que el gerente general de la Clínica acostumbraba “pararse todos los días a la aurora de la mañana en la puerta principal (…) para observar la «dinámica horaria» de llegada del personal a sus puestos de trabajo” [266] . Aseguró que, en los días previos al despido, el referido directivo la abordó en la entrada para preguntarle “¿porque (sic) últimamente tiene eso pelo así? ¿No está como muy largo para trabajara en la UCI” [267] . Precisó que, a pesar de que ella siempre usaba el gorro quirúrgico, unos días después el infectólogo de la institución le manifestó que “le preocupaba su pelo” [268] . Para Daniela, este tipo de llamados no era común entre “(…) las demás mujeres enfermeras y auxiliares que laboraban en la UCI” [269] y se originó en el reclamo del gerente general de la Institución.

Agregó que la discriminación se hace más evidente si se tiene en cuenta que ella es una mujer trans afrodescendiente y, particularmente, el hecho de que Daniela manifiesta que tiene un “pelo afro” [270] .

179. Desde un punto de vista interseccional [271] , la Sala Plena considera que Daniela pudo haber sido sometida a diversas formas de discriminación basadas en su condición de mujer trans y afrodescendiente. Para la Corte, el cuestionamiento mismo sobre el pelo de Daniela es una forma de discriminación, no solo porque la exigencia no se presentaba frente a las mujeres cisgénero, sino también por lo que el pelo representa como símbolo en el cuerpo de las mujeres afro [272] y, en general, como referente de valores sociales, culturales y políticos [273] . Incluso, este Tribunal ha tenido la oportunidad de proteger el pelo como expresión de la diversidad étnica y cultural de la población afrodescendiente [274] .

Habría que agregar que la problemática de asepsia en los entornos clínicos ha sido tratada con el gorro quirúrgico, lo que se hace evidente, por ejemplo, en el Protocolo de Conductas Básicas en Bioseguridad y el Manual de Medidas Básicas Para el Control de Infecciones en IPS, ambos del Ministerio de Salud y la Protección Social.

180. En la misma línea de interseccionalidad, este Tribunal nota que la demandante pudo haber sido víctima de señalamientos peyorativos y discriminatorios por parte de algunos de sus compañeros, quienes se refieren a ella como “negro marica” . Esta es una expresión ofensiva para dos grupos de personas, debido a que, por ejemplo, estas expresiones se han generado en entornos de persecución laboral. En efecto, la tutelante manifestó que uno de los médicos de urgencias, quien no notó la presencia de la accionante en el lugar de los hechos, le preguntó a uno de los jefes sobre la posibilidad de trasladarlo a la Unidad de Cuidados Intensivos, ante lo que el directivo respondió:

“ [e] spera que ya casi sacamos a ese NEGRO MARICA y ahí si te puedo subir” [275] . No se trata, pues, de una simple palabra, sino de una referencia peyorativa acompañadas de actos de persecución laboral.

181. Los indicios sub examine adquieren mayor relevancia probatoria si son evaluados con las reglas de la sana crítica, esto es, en los términos del artículo 176 del CGP [276] y a la luz de las máximas de la experiencia [277] . Estas últimas permiten hacer inferencias a partir de hechos indicadores, para este caso, de los que provienen de la estadística. Esto, porque, como lo señalaron las universidades de los Andes y Eafit amparadas en la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de 2015 [278] , para la época de los hechos el “ 14% de hombres y mujeres trans sostuvieron que se llegaron a situar en una posición de discriminación consistente en que no se les contrato o se les fue despedidos del trabajo por su orientación sexual” , así como el “15% de las mujeres y el 19% de los hombres [encuestados] observaron cómo sus compañeros de trabajo LGBTI+ fueron discriminados por parte de sus jefes”.

Este tipo de razonamiento le permite a los jueces de tutela valorar debidamente casos de discriminación como el de la referencia, pues permiten construir una perspectiva macro de la discriminación a la que han sido sometidas las personas con identidad de género diversa y, partir de tal perspectiva, evaluar cómo pudieron haber ocurrido unos hechos en concreto.

· Persecución laboral: cambios de dependencia de trabajo. 182. Daniela manifestó que desde que fue contratada trabajó en la Unidad de Cuidados Intensivos. Igualmente, informó que en los meses anteriores al despido, fue trasladada a otras dependencias de la Clínica General , particularmente a los servicios de cirugía ortopédica , urgencias y hospitalización . Los traslados eran constantes y eran justificados por el jefe de la accionante, según esta última en los siguientes términos:

“la UCI, está controlada y ya no hay casi trabajo y en Urgencias o Cirugía Ortopédica está colapsada así que necesito que vaya allá” [279] . Sin embargo, la actora manifestó que al terminar el trabajo en las dependencias a las que era trasladada, debía volver a la Unidad de Cuidados Intensivos, lo que llevó a que, muchas veces, debiera terminar el turno de trabajo una hora después de lo planeado. Todo, sin que ella fuera remunerada por esas horas extra de trabajo que tenía que cumplir.

Incluso, la dirección médica de la Clínica asignó de forma permanente la tarea de hacer la correlación clínica de los casos de interés en lo que se denominaba “jueves médico”, pese a que la dependencia contaba con otros tres médicos y, nuevamente, sin reconocerle una remuneración extra por esta carga de trabajo [280] .

183. La accionante manifestó que en las otras dependencias se repetían los actos discriminatorios por parte de sus compañeros por lo que ella llamó “incipientes cambios físicos (…)” [281] . Aseveró, por ejemplo, que era frecuente que los ortopedistas le dijeran en “medio de una cirugía , [que] «le [iba] a tocar agarrar esa pierna bien fuerte», «COMO UN VERDADERO HOMBRE, COMO UN MACHO»” [282] . Mencionó que tales comentarios “ generaba [n] muchas sonrisas cómplices de todo el equipo quirúrgico” [283] . Tales comentarios, además de reproducir ideas prejuiciosas sobre los roles de las mujeres en el ámbito laboral, reproducen ideas paternalistas “presentada [s] de modo aparente como una medida de protección en favor de las mujeres, que además de presentarlas como sexo débil, en la práctica las coloca en posición de desventaja respecto de los hombres, erigiéndose en una forma de discriminación directa y en una barrera que les impide acceder al trabajo en condiciones de igualdad”.

Así lo consideró la Corte en la Sentencia C-586 de 2016, en la que, como ya se mencionó, declaró la inexequibilidad de una norma del CST que prohibía que las mujeres trabajaran en labores mineras y , en general, en trabajos peligrosos, insalubres o que requirieran grandes esfuerzos.

· Persecución laboral: cambios de turnos. 184. La tutelante informó que los meses anteriores al despido, el coordinador médico de la Clínica General empezó a asignarle más turnos nocturnos que los que asignaba a los otros tres médicos de la Unidad de Cuidados Intensivos. Explicó que, en ocasiones, le asignaban turno nocturno durante tres días seguidos, lo cual no era usual, pues "los médicos después del turno nocturno tenía [n] el día libre, pero a [ella] [l] e volvía a asignar nuevamente turno nocturno " [284] . Agregó que sus jefes empezaron a quitarle los fines de semana que, por secuencia, debería tener libre, los cuales sí tenían los otros profesionales de la Unidad de Cuidados Intensivos. Al respecto, explicó:

"los médicos que cubríamos los turnos de la UCI éramos 4, los cuales estábamos divididos en grupo de dos con el objetivo que un grupo cubría un fin de semana haciendo turno de 12 horas sábado y domingo uno de día y otro de noche; mientras el otro grupo descansaba, el siguiente fin de semana descansaba el grupo 1 y cubría el grupo 2, sin embargo (…), a mí me colocaban a realizar los turnos de los fines de semana seguidos y siempre me asignaba la noche, por lo tanto me recargaban de turnos nocturnos, mientras mis otros compañeros tenían prácticamente todos los fines de semana libre [s] " [285] .

185. A título de ejemplo, la accionante se refirió a la distribución específica de turnos de los días previos a la terminación de la relación laboral (febrero 1 a 11). Allí, se observan varias situaciones que respaldan sus afirmaciones:

(i) en ese periodo, Daniela tuvo asignados seis turnos nocturnos y los otros médicos tuvieron 2 o 3 turnos en la noche; (ii) la accionante no descansó ninguno de los dos fines de semana que abarcaron dicho periodo, mientras que un médico descansó los dos fines de semana y los otros dos descansaron, al menos, un fin de semana;

(iii) la demandante tuvo dos días libres, pero los otros médicos tuvieron 5 o 6 días libres; y (iv) a diferencia de Daniela, ninguno de los tres médicos tuvo tres turnos nocturnos seguidos que, además, abarcaran fin de semana.

186. Finalmente, Daniela señaló que tenía la necesidad de aceptar tales tratos discriminatorios y de persecución laboral, debido a que ella y su madre dependían económicamente del salario de aquella. La progenitora, según los documentos obrantes en el expediente, es un adulto mayor que ha sido sometido a diversos procedimientos médicos porque padece de varias enfermedades, dentro de las que la Sala Plena resalta la insuficiencia renal crónica, enfermedad pulmonar obstructiva, polineuropatía periférica y depresión grave con síntomas sicóticos [286] . Esta última, según lo afirma la accionante, relacionada con los hechos discriminatorios de los que era víctima Daniela y con el fallecimiento del padre de la tutelante.

187. Ahora bien, es necesario aclarar que la Corte le dará credibilidad a las afirmaciones de la accionante referidas en los fundamentos jurídicos precedentes, por las siguientes razones:

(i) por cuanto en los procesos laborales de discriminación basada en la identidad de género, es responsabilidad del juez valorar las pruebas del expediente, incluida la indiciaria, con una perspectiva de género y a partir de las reglas del razonamiento abductivo o hipotético, lo que supone que deben valorar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon la terminación del contrato de trabajo con menor rigor respecto de la manera como lo harían usualmente;

(ii) porque, a la luz del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, el silencio de la Sociedad Global respecto de los autos dictados por la magistrada sustanciadora, supone la presunción de veracidad de las afirmaciones que no son susceptibles de confesión;

(iii) debido a que en el ejercicio del complejo análisis probatorio en este tipo de asuntos, el juez de tutela "no puede desconocer que cualquier conducta, actitud o trato fundado en un prejuicio social, con el que se pretenda subvalorar, ignorar o anular los derechos fundamentales de una persona transgénero, supone prima facie un acto de discriminación y debe ser considerado como inadmisible" [287] ;

y (iv) porque en el expediente hay pruebas de que la accionante se había referido a estos hechos desde mucho tiempo antes de que se terminara la relación laboral, como lo demuestran dos de los tres testimonios practicados en audiencia [288] y, especialmente, los informes de las consultas de sicología realizadas entre diciembre del año 2012 y noviembre de 2013 [289] -3 meses antes del despido-, en los que Daniela se quejó de hechos que le generaban intranquilidad en el trabajo y, específicamente, de estar siendo víctima de presiones indebidas de sus jefes y acoso de sus compañeros.

(ii) Faceta valorativa 188. La Corte considera que la Sociedad General desbordó la autonomía contractual que le reconoció la ley para dar por terminado el vínculo laboral de Daniela y, en consecuencia, que al despedirla le vulneró el derecho fundamental a la identidad de género. Esto, por dos razones:

primero , debido a que no está probado que la desvinculación esté amparada en circunstancias no imputables al empleador que, desde una perspectiva objetiva, le hubiesen impedido dar continuidad a la prestación de los servicios del trabajador y, segundo, porque el ejercicio de la libertad afectada no trunca la misión del empleador, dada la naturaleza de la actividad desplegada por el trabajador y la de la relación laboral.

189. El despido no está amparado en circunstancias que le hubiesen impedido al empleador dar continuidad a la prestación de los servicios del trabajador .

Como ya se dijo, la Sociedad General no respondió a los requerimientos de la Corte, lo que dificulta la tarea de establecer cuáles fueron los motivos de la terminación de la relación laboral. Sin embargo, la Sala considera que en el expediente reposan algunos elementos de juicio que le permiten concluir que dicha terminación no se produjo como consecuencia de hechos asimilables a las causas establecidas en el CST para la terminación del contrato de trabajo, referentes normativos de análisis planteados en la Sentencia SU-236 de 2022.

190. En el expediente no está demostrado que la accionante hubiere fallado al ejecutar la labor para la que se le contrató. Por el contrario, hay indicios en el plenario que permiten suponer que ella se esforzaba por ser una excelente empleada, a efectos de “compensar” sus actitudes y evitar ser sancionada por ellas. Así se lo hizo saber a la terapeuta sicológica en la sesión que se llevó a cabo a finales del año 2012 [290] .

Igualmente, Daniela informó que el miedo a perder su trabajo la llevaba a aceptar trabajo extra en otras dependencias, sin dejar de cumplir en la Unidad de Cuidados Intensivos, lo que denota compromiso con el trabajo y adaptabilidad al cambio. En la misma línea, la Corte considera que la decisión del empleador de asignarle de forma permanente el análisis de los casos a presentar en el “jueves médico” (supra fj. 182), es una señal de las cualidades de la accionante para desempeñar el trabajo para el que fue contratada.

191. Hay otros dos hechos indicativos de las aptitudes de la accionante: por un lado, ella era miembro del Comité de Ética de la Clínica General , para lo cual, informa, fue elegida por una parte de sus compañeros de trabajo [291] . Esto da cuenta de aptitudes positivas para el relacionamiento con sus colegas médicos. Por otro lado, Daniela estuvo becada gran parte de su carrera, como lo muestran las resoluciones expedidas por las autoridades de la Universidad Santiago de Cali, correspondientes a los periodos 2006I, 2007II, 2009I y 2010I, en los que se lee:

“otorgar la Matrícula de Honor -1 puesto- a [Daniela] por haber obtenido el mayor promedio en las calificaciones (…) durante el periodo académico” [292] .

192. Tampoco hay prueba en el plenario que sugiera que la decisión del empleador hubiere estado motivada por problemas económicos o institucionales. Es cierto que en los certificados de existencia y representación legal aportados al expediente laboral se reflejan anotaciones de algunos procesos judiciales ejecutivos [293] . Sin embargo, la Sala Plena considera que estos hechos son usuales en la dinámica empresarial y, de todo modos, no son indicativos de una situación de tal envergadura que permita justificar el despido de la accionante, máxime si se tiene en cuenta que la Clínica General actualmente está en funcionamiento y presta sus servicios en el municipio de Palmira y, además, que hace parte de un conglomerado de varias instituciones que prestan servicios médicos y clínicos.

193. En la misma línea, no está debidamente demostrado que el despido se hubiere generado por que la Clínica General hubiere dejado de prestar los servicios para los que fue contratada Daniela , no solo porque el contrato laboral se suscribió a término indefinido y para ejercer como médico general [294] , sino también porque la labor ejercida por la accionante no es temporal, en el entendido de que ella trabajaba para la Unidad de Cuidados Intensivos. Habría que agregar que, según lo que informó la accionante [295] , uno de sus antiguos compañeros del servicio de urgencias, a quien Daniela acusa de intrigar el puesto (supra fj. 180), actualmente ocupa el lugar que otrora tenía la tutelante en la mencionada Unidad.

194. El ejercicio de la libertad afectada no trunca la misión del empleador . Sea lo primero señalar que la misión del empleador y la orientación de género de Daniela no tienen ningún tipo de vínculo, en el entendido de que su condición de género en nada se relaciona con el ejercicio de las funciones en la Unidad de Cuidados Intensivos y, en general, en el área de la medicina. Desde esa perspectiva, es necesario concluir que, al ejercer el derecho fundamental a la identidad de género, Daniela no afectó de ninguna forma a su empleador y, mucho menos, puso en riesgo la operación de la dependencia en la que desempeñaba sus funciones. Es del caso aclarar que eventuales incompatibilidades entre sus decisiones y el credo institucional no pueden ser entendidas como un hecho que afecte la misión

institucional del empleador. De todas formas, este es un hecho que no está probado en el expediente, pues, recuérdese, la Sociedad General no intervino en el proceso de revisión ante la Corte.

195. Por el contrario, en el expediente reposan elementos de juicio que permiten suponer que la condición de género de la accionante pudo llegar a favorecer la misión del empleador, al hacerla más incluyente y respetuosa de las personas con orientaciones de género y sexual diversas. Al respecto, la accionante señaló que, como miembro del Comité de Ética, respondió a unos comentarios prejuiciosos en los que se señalaba que "los Homosexuales siempre llegaban con una ETS (enfermedad de Transmisión Sexual), y que claro que se debía orientar al personal para que cuando llegue un miembro de la comunidad LGBTI no se fueran a «contagiar»" [296] (supra fj. 175), señalando que "los pacientes se debían atender sin ningún tipo de prejuicios y que para ello sería prudente que los médicos y todo el personal recibieran instrucción de como orientar éste tipo de casos " [297] .

196. Colofón de las consideraciones contenidas en los fundamentos jurídicos precedentes, la Sala Plena encuentra que no se pudo desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad del despido de Daniela y, como tal, que la terminación del contrato de trabajo es lesiva de su derecho fundamental a la identidad de género.

197. La Sala considera que, al no valorar tales circunstancias, las autoridades accionadas incurrieron en defecto fáctico, pues omitieron su deber de estudiar los indicios del expediente y de decretar pruebas de oficio tendientes a establecer el alcance de los actos discriminatorios alegados. Sobre este último aspecto, mediante la Sentencia SU-129 de 2021, esta Corporación señaló que "el juez está en la obligación de decretar y practicar pruebas de oficio si con ello garantiza la «naturaleza tutelar del derecho laboral», y evita «abismales injusticias»

. A lo dicho habría que agregar que, para los efectos del caso concreto, el decreto oficioso de pruebas no hubiere significado el aval de alguna conducta omisiva de la parte accionante, pues, como ya se ha dejado en evidencia, Daniela ha aportado al proceso todos los elementos de juicio a su disposición para demostrar la discriminación de la que fue objeto, lo que refleja que las deficiencias probatorias pudieron haber sido colmadas por los jueces laborales, a quienes en la demanda se les informó de tales circunstancias.

198. De haber decretado pruebas de oficio, las autoridades accionadas habrían podido concluir que el despido de la actora es contrario a la Constitución Política, ante la presunción objeto de estudio en este numeral. En su defecto, hubieran podido establecer los motivos por los cuales de la empresa terminó el vínculo laboral. De una forma u otra, lo que se le cuestiona es que las autoridades judiciales accionadas no hubieren ejercido sus facultades legales para resolver un debate de relevancia constitucional como el que propuso la accionante al denunciar actos discriminatorios y que, amparados en tal omisión, hubiesen limitado la mayor parte del análisis del caso a establecer si el empleador conocía las patologías de la actora y si ella se encontraba incapacitada cuando fue despedida.

4.4. Defecto fáctico. El empleador pudo haber conocido del Estado de salud de la accionante 199. En términos generales, las autoridades judiciales accionadas coincidieron en dos conclusiones. De un lado, que el empleador no conoció las incapacidades médicas de la accionante y, que en todo caso, la amigdalitis que padeció no da lugar a la estabilidad laboral reforzada alegada.

De otro lado, que la disforia de género, [la] falla renal y [la] depresión mayor (…) no constituyen fuero de estabilidad laboral reforzada" [298] , por cuatro razones:

(i) la disforia de género no es una enfermedad y tampoco le impide a quien la padece ejecutar alguna labor o trabajo; (ii) pese a lo anterior, no hay prueba de que el empleador conociera de dicha "condición humana" que afronta la accionante;

(iii) tampoco está demostrado que el empleador tuviera conocimiento de la falla renal crónica, habida cuenta de que no se le informó debidamente de esto y los exámenes diagnósticos obrantes en el plenario son posteriores a la fecha del despido; y (iv) no hay prueba de que el empleador conociera de la depresión mayor que alegó la tutelante, pues la calificación de pérdida de la capacidad laboral es posterior al despido y, de todos modos, no está demostrado que este conociera de las terapias sicológicas que se llevaron a cabo durante la fecha de ejecución del contrato de trabajo. Esto se hace evidente al verificar los folios 303 y 304 del expediente ordinario laboral, el archivo de audio de la audiencia de segunda instancia [299] y la página 21 del fallo de la Corte Suprema de Justicia [300] .

200. Nótese que en el proceso se discutieron dos situaciones diferentes: primero , si el empleador conoció la incapacidad en la que se encontraba Daniela el día en el que se terminó el contrato de trabajo. Y, segundo, se estudiaron los alegatos sobre la disforia de género , la falla renal crónica y la depresión mayor que la actora invocó para pedir estabilidad laboral reforzada, para lo que los jueces accionados desarrollaron consideraciones técnicas sobre las patología mencionadas y argumentos fácticos propiamente dichos, orientados a establecer si el empleador tenía o no conocimiento de los problemas de salud de la tutelante al momento del despido. La Sala Plena no se referirá a la primera situación porque no encuentra reparo sobre la valoración probatoria que desplegaron los jueces accionados allí.

Tampoco se pronunciará nuevamente sobre los argumentos técnicos asociados con las patologías, dados los problemas de idoneidad y validez que se explicaron en el acápite sobre el defecto fáctico en la valoración de las pruebas testimoniales del expediente (supra num.

4.1.). 201. En ese contexto, la Sala Plena considera que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira y el Tribunal Superior de Buga incurrieron en defecto fáctico, por la indebida valoración de las pruebas del expediente que daban cuenta de que el empleador sí pudo haber conocido del estado de salud de la accionante. Sea del caso señalar, desde este momento, que no le asiste razón a la parte tutelante cuando afirma que el empleador debió conocer de su estado de salud porque algunos de sus médicos tratantes eran sus compañeros de trabajo y, particularmente, porque el empleador, además de ser tal, era una de las instituciones médicas en las que la accionante recibía atención en salud. Esto, porque la historia clínica está sometida a reserva por disposición expresa de los artículos 24 de la Ley 23 de 1981 y 10, literal “g”, de la Ley 1751 de 2015. Además, no hay razones para suponer que los médicos tratantes vulneraron tal reserva o que la dependencia de recursos humanos de la clínica tenía acceso a la historia clínica de Daniela . Con todo, esto no significa que tal circunstancia no pueda ser tomada en consideración como prueba indiciaria de otros hechos, como, por ejemplo, de conductas discriminatorias (supra num.

4.3.). 202. Para la Corte, el defecto fáctico se presenta porque se valoraron limitadamente los testimonios decretados dentro del proceso ordinario. Al responder la demanda laboral, la apoderada del empleador pidió tener en cuenta que la tutelante “no radicó ante mi representada incapacidad alguna” [301] , pese a que estaba obligada a hacerlo. Para tales fines, pidió tener en cuenta los artículos 121 del Decreto Ley 019 de 2012 [302] y 47 [303] del Reglamento Interno de Trabajo, que contemplan expresamente tal obligación. Para respaldar tales afirmaciones, la abogada solicitó que se decretara como prueba el testimonio de Johana Andrea Quijano, ingeniera industrial que trabaja en el área de recursos humanos de la Clínica General . Por su parte, con el objeto de probar que el empleador sí conocía de las incapacidades médicas y explicar cómo era el trámite para presentar tales documentos ante el empleador, la ciudadana demandante solicitó los testimonios de Yesenia Roldán Muñoz y Juan Rafael Morón.

203. Tal fue el enfoque con el que se interrogó a los tres mencionados testigos. Por un lado, la señora Roldán Muñoz informó que las incapacidades se le entregaban al jefe directo, el doctor Adrián Pama, quien se encargaba de “radicar eso” [304] .

Igualmente, la testigo informó que los problemas renales de la tutelante fueron detectados de forma incidental en el año 2012, cuando estaba siendo tratada por la disforia de género y le ordenaron diferentes exámenes de laboratorio.

En seguida, ante la pregunta del apoderado de la demandante, la declarante señaló que el doctor Pama conocía de los padecimientos de salud de la accionante, al menos desde el año 2012. Explicó que siempre se le entregaron copias de las valoraciones médicas respectivas [305] .

Al parecer, esto era necesario para poder cambiar los turnos de trabajo y acudir a las citas de control médico. En la misma línea, la abogada del demandado le preguntó a la testigo si estuvo presente cuando la accionante radicó incapacidades médicas desde el año 2012, a lo que esta respondió lo siguiente:

“yo la acompañé [a Daniela] en varias ocasiones a llevarle copia de las valoraciones al doctor Pama” [306] . 204. Por otra parte, la ingeniera Quijano respondió a las preguntas del juez y de la apoderada del empleador sobre el proceso para radicar las incapacidades. Luego, ante las preguntas de la parte demandante, la testigo manifestó que no recordaba que el jefe inmediato de la accionante, doctor Adrián Pama, hubiere radicado documentos relacionados con incapacidades médicas. Agregó que, dentro de los deberes de los colaboradores de la Clínica General , estaba el de “notificar a sus jefes para mirar con quien se van a cubrir los turnos” [307] .

205. De otro lado, el testigo Juan Rafael Morón narró lo ocurrido el día de la terminación del contrato de trabajo, cuando él se encontraba de turno en la Clínica General , en donde se expidió la incapacidad médica que se invocó como fundamento de la estabilidad laboral reforzada [308] . Aseguró que el jefe de la accionante tenía conocimiento de dicha incapacidad. Agregó que las incapacidades médicas se entregaban al doctor Adrián Pama, quien buscaba la persona para cubrir el turno de la persona incapacitada. De la misma manera, el testigo declaró que Daniela estaba enferma desde antes de la terminación unilateral del contrato de trabajo. Manifestó que el doctor Pama sí conocía los padecimientos de salud de la accionante [309] .

Aclaró que el galeno conocía de los problemas sicológicos y renales de la tutelante, debido a que le otorgó diferentes permisos médicos para ausentarse del lugar del trabajo y dirigirse al municipio de Santiago de Cali, en donde se trataban algunas de las patologías [310] .

206. Nótese que las tres declaraciones se referían a dos circunstancias diferentes, esto es, a la radicación de la incapacidad médica concedida para el momento en el que se terminó la relación laboral (2014) y al hecho de que el empleador tendría conocimiento de las patologías que afectan la salud de Daniela , al menos, desde el año 2012.

Pese a lo anterior, los jueces laborales se limitaron a estudiar únicamente lo primero, con lo que dejaron de lado que dos testigos señalaron, expresamente, que el doctor Adrián Pama, jefe de la accionante, conocía de las patologías que ella padece, al menos, dos años antes del despido. Incluso, al limitarse al tema de la incapacidad médica, los funcionarios judiciales accionados omitieron indagar sobre los alcances de la práctica que reconocieron los tres testigos, según la cual los empleados únicamente tendrían que reportar a sus jefes los asuntos relacionados con su salud. De haber optado por valorar íntegramente los testimonios, los jueces hubieran podido dilucidar si las omisiones en las que habría incurrido el jefe directo de la accionante, le son imputables a esta última, particularmente, teniendo en cuenta que en el expediente reposan pruebas documentales que muestran dos realidades opuestas, a saber, que la tutelante tiene importantes padecimientos de salud, de lo que son prueba las historias clínicas del plenario y la calificación de la pérdida de la capacidad laboral decretada, pero aun así la EPS certificó que en sus archivos no reposa ninguna incapacidad radicada [311] .

207. La omisión antes referida se hace más evidente al contrastar las afirmaciones de los testigos y el documento que obra en el expediente de tutela, particularmente, el que aportó Daniela [312] , que no ha sido objetado por las partes y terceros vinculados al proceso de amparo, y en el que consta que al doctor Guillermo Giraldo Buitrago, director médico de la Clínica General , se le informó del diagnóstico de insuficiencia renal que padece la accionante, ante un reajuste de los turnos de trabajo que le impedía acudir a citas de control médico, aspecto sobre el que se ocupó la Sala Plena al estudiar los actos discriminatorios de los que fue sido víctima la accionante en el escenario laboral (infra num. 4.3.).

Este documento contiene una firma de “recibido” del doctor Giraldo Buitrago, que data del 31 de enero de 2014, esto es, 11 días antes del despido. Además, una copia del documento habría sido enviada a la doctora Diana Garay, directora del área de Gestión Humana de la Clínica.

208. Es importante aclarar que la Sala Plena no pudo establecer con certeza que este documento hubiere sido aportado al expediente ordinario, toda vez que en el plenario laboral obra un documento con el mismo objeto y con la misma fecha de radicación, pero remitido al doctor Adrián Pama [313] , no a Guillermo Giraldo Buitrago. Sin embargo, la Corte considera que en el curso de este proceso no es posible hacer caso omiso del contenido de dicha prueba documental, no solo porque la misma fue debidamente trasladada a la empresa demandante cuando se le notificó de la demanda de tutela de la referencia, sino también porque el mismo complementa la conclusión a la que se arribó respecto de la valoración parcial de las pruebas testimoniales del plenario. La omisión de este documento, pues, no constituye defecto fáctico en estricto sentido, pero sí le permite a la Corte hacer énfasis en que los jueces laborales debieron estudiar la prueba testimonial del expediente en lo que respecta al conocimiento del empleador de las patologías de la accionante, incluso, decretando pruebas de oficio al amparo del artículo 54 del CPTSS, con lo cual, eventualmente, hubieran permitido arribar a documentos como el que en este momento se analiza.

209. Lo anterior no hubiere significado suplir las cargas probatorias de la demandante, ya que esta última aportó dos pruebas testimoniales para demostrar sus afirmaciones, por lo que, en estricto sentido, la labor oficiosa de los jueces hubiere sido complementaria y no supletoria respecto de las cargas procesales.

210. Conclusión sobre el primer problema jurídico . Las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto fáctico y en violación directa de la Constitución por cuatro razones:

primero porque valoraron indebidamente la prueba testimonial del expediente. Segundo , por cuanto incurrieron en actos discriminatorios y violatorios de la identidad de género de Daniela .

Tercero, con ocasión de que omitieron el estudio de la prueba indiciaria y el decreto oficioso y la práctica de pruebas, las cuales les hubieran permitido concluir que la accionante fue sometida a diversos tratos discriminatorios por parte de sus compañeros de trabajo y sus jefes directos, algunos de los cuales, en criterio de la Sala, fundamentaron la terminación del contrato de trabajo.

Y, cuarto , debido a que no valoraron los elementos de prueba que daban cuenta de que el empleador de Daniela pudo haber tenido conocimiento de su estado de salud.

5. Desconocimiento del precedente judicial 211. Alcance del desconocimiento del precedente judicial . A los jueces de instancia les asiste el deber de aplicar los precedentes de las altas cortes a la resolución de casos concretos, así como de aplicar la jurisprudencia vinculante [314] .

En ambos casos, deben verificar la similitud fáctica entre el expediente que estudian y el precedente o la jurisprudencia que pretenden aplicar. Lo dicho se explica en, al menos, cuatro razones:

(i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que exige tratar de manera igual situaciones análogas; (ii) por razones de seguridad jurídica;

(iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima [315] , los cuales imponen el deber de respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales previas; y (iv) por razones de rigor judicial y de coherencia en el sistema jurídico [316] .

212. El desconocimiento de los precedentes judiciales, tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo, puede tener diversas fuentes. Por un lado, por el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional, esto es, el desconocimiento de la jurisprudencia dictada en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. Esta puede ser consecuencia, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional [317] , (i) de la aplicación de disposiciones legales declaradas inexequibles, o (ii) de la resolución de casos concretos en los que la aplicación del derecho ordinario se realiza en contravía de la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad que expide esta Corte. Por otro lado, debido al desconocimiento de las sentencias de tutela dictadas por la Corte Constitucional [318] , bien por sus Salas de Revisión (sentencias T) o por la Sala Plena (sentencias SU). Esta puede tener dos modalidades: el desconocimiento del precedente constitucional (stricto sensu) o el de la jurisprudencia en vigor. El primer supuesto se materializa por el desconocimiento de una o varias sentencias anteriores que, por guardar identidad fáctica y jurídica, deben considerarse como precedente, en atención a la regla de decisión que contenía, de manera necesaria, para la resolución de la controversia, según se trate, por los jueces constitucionales o por los jueces de la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo. El segundo supuesto exige acreditar el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, a saber, de aquellas “pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos” [319] , que provienen de la pluralidad de decisiones consistentes y anteriores, relativas a un tema en particular [320] , que no guardan identidad fáctica con el caso objeto de decisión [321] .

213. Con todo, los jueces de la República pueden apartarse de los precedentes y jurisprudencia vinculante, siempre que cumplan una carga argumentativa estricta tendiente a demostrar, adecuada y suficientemente, las razones por las cuales toman tal determinación.

Particularmente, tienen que demostrar que la interpretación alternativa que ofrecen desarrolla y amplía, de mejor manera, el contenido de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección. De no hacerlo, sus decisiones podrían estar incursas en el defecto por desconocimiento del precedente judicial. Así, resultan contrarias al debido proceso, entre otras prácticas:

(i) el incumplimiento de la carga mínima de argumentación que, a partir del principio de razón suficiente, justifique por qué el juez se aparta del precedente constitucional; y (ii) la simple omisión o negativa del juez en la aplicación del precedente, a partir de un erróneo entendimiento de la autonomía judicial o en un ejercicio abusivo de ella [322] .

214. Argumentos de la demandante. El alegato de la accionante tiene dos aristas: por un lado, Daniela señaló que no se aplicó una perspectiva de género en su caso y, por el otro, pidió tener en cuenta que “la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre que NO es un mandato obligatorio que las personas deban estar Calificadas por las Juntas de Invalidez para reconocer su estado de debilidad manifiesta” [323] .

Esto, porque dicha calificación no se había producido cuando se terminó el contrato de trabajo (2014). Con todo, la accionante precisó que, para el momento en el que se dictaron las sentencias objeto de la demanda de amparo de la referencia, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca ya le había determinado un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del dieciséis por ciento (16%).

215. Postura de los jueces accionados y del empleador. De forma genérica, los jueces accionados y la sociedad empleadora de la accionante señalaron que las sentencias ordinarias se dictaron con apego a la jurisprudencia vigente. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga guardó silencio.

216. Los jueces de primera y segunda instancia sí incurrieron en desconocimiento del precedente constitucional. La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que sí se configura el defecto alegado, respecto de la segunda arista del problema que planteó la accionante. En lo que atañe a la primera arista, es suficiente remitir a los argumentos planteados al estudiar el defecto fáctico, particularmente, en lo que respecta a los estándares con los que los jueces debieron valorar el caso (perspectiva de género) (supra num. 4.3.).

217. Jurisprudencia constitucional. El numeral 15 del artículo 62 del CST establece que es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, la “(…) enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días”.

Mediante la Sentencia C-200 de 2019 [324] , se declaró la exequibilidad condicionada de dicha disposición, en el entendido de que “carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona por razón de su situación de salud cuando no exista autorización previa del inspector de trabajo (…)” . Para ese momento, sin embargo, en la Sentencia SU-049 de 2017, la Corte ya había unificado su jurisprudencia en el sentido de señalar que “(…) [e] l derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares , con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda” (negrillas propias). Al respecto, dijo:

“Todo lo cual, en síntesis, quiere decir que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, y con los propios términos legales, una interpretación de la Ley 361 de 1997 conforme a la Constitución tiene al menos las siguientes implicaciones. Primero, dicha Ley aplica a todas las personas en situación de discapacidad, sin que esto implique agravar las condiciones de acceso a sus beneficios que traía la Ley en su versión original, que hablaba de personas con “limitación” o “limitadas” (Sentencia C-458 de 2015). Segundo, sus previsiones interpretadas conforme a la Constitución, y de manera sistemática, se extienden a todas las personas en situación de discapacidad, así entendida, “sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación” (sentencia C-824 de 2011). Tercero, para exigir la extensión de los beneficios contemplados en la Ley es útil pero no necesario contar con un carné de seguridad social que indique el grado de pérdida de capacidad laboral (sentencia C-606 de 2012). Cuarto, en todo caso no es la Ley expedida en democracia la que determina cuándo una pérdida de capacidad es moderada, severa o profunda, pues esta es una regulación reglamentaria.” 218.

A partir de lo expuesto en las dos sentencia antes mencionadas, en las que se consolida una línea jurisprudencial que surgió con anterioridad a las sentencias ordinarias cuestionadas, las diferentes salas de revisión de tutela han optado por valorar los casos de estabilidad laboral ocupacional asociados con asuntos de salud del trabajador, teniendo como referente la dificultad sustancial para desempeñar las labores y no la existencia de una calificación formal [325] . Incluso, la Sala Plena ha emitido, al menos, tres fallos reiterando la orientación surgida años atrás, a saber, las sentencias SU-380 de 2021, SU-087 y SU-348 de 2022 y SU-063 de 2023 [326] . En la segunda de estas providencias, se sintetizaron los rasgos principales de la línea jurisprudencial que hoy se reitera respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a saber:

(i) la norma “se aplica a todas las personas en situación de discapacidad, sin que esto implique agravar las condiciones de acceso a los beneficios que traía la Ley en su versión original, que utilizaba la expresión personas con «limitación» o «limitadas» (…)” ;

(ii) se extiende “a todas las personas en situación de discapacidad, así entendida, « sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación »

; (iii) para exigir “la extensión de los beneficios contemplados en la Ley es útil, pero no necesario, contar con un carné de seguridad social que indique el grado de pérdida de capacidad laboral ” ; y (iv) no “es la Ley expedida en democracia la que determina cuándo una pérdida de capacidad es moderada, severa o profunda, pues esta es una regulación reglamentaria” (negrillas propias) .

219. En la Sentencia SU-087 de 2022 la Corte reiteró que “no es perentoria la existencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral” para determinar si una persona es beneficiaria de estabilidad laboral. Allí se establecieron las reglas y subreglas que permiten llevar a cabo tal determinación:

(i) que se establezca que el trabajador, realmente, se encuentra en una condición de salud que le impide o dificulta, significativamente, el normal y adecuado desempeño de sus actividades;

(ii) que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido; y (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que esta pueda tener origen en actos discriminatorios.

220. Los supuestos de las reglas “ii” y “iii” están debidamente acreditados, como se explicó en esta providencia judicial, respectivamente, cuando la Sala Plena estudió el defecto fáctico que se generó porque “ [e] l empleador pudo haber conocido del Estado de salud del accionante” (supra num. 4.4) y porque no se valoraron los actos discriminatorios en los que se incurrió por parte del empleador y de los compañeros de trabajo de la accionante (supra num. 4.3.3.).

221. En consecuencia, la Sala se concentrará en el primer criterio establecido en la jurisprudencia para definir si Daniela podía llegar a ser beneficiaria de estabilidad laboral, esto es, “ [q] ue se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades” . Para tales fines, esta Corte sistematizó las reglas contenidas en el siguiente cuadro [327] :

Supuesto Eventos que permiten acreditarlo Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral (a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido.

(b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral. (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico.

(d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido.

Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral (a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental.

(b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad.

(c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL. Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral (a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0%.

(b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto.

222. Decisiones de los jueces de instancia . El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira negó el reconocimiento del fuero de estabilidad porque consideró que Daniela no estaba en una condición de debilidad manifiesta. Al emitir la sentencia, el juez a quo desarrolló tres líneas de argumentación:

(i) la depresión y la disforia de género no son enfermedades; (ii) la enfermedad renal crónica no afecta la capacidad de trabajar; y (iii) aunque se probó la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la accionante, lo cierto es que esta calificación es posterior a la fecha de terminación de la relación contractual.

223. Por su parte, el juez laboral ad quem señaló que no es viable conceder la estabilidad laboral reforzada a la trabajadora, primero , porque el empleador no tenía cómo conocer su estado de salud [328] , incluso, señaló que muchas de las pruebas dan cuenta de valoraciones médicas posteriores al despido. Y, segundo, porque la disforia de género no es una enfermedad, sino un trastorno de identidad sexual, por lo que, concluyó, no es posible aseverar que quienes lo padecen están limitados para ejecutar alguna labor [329] .

224. En este punto, es necesario resaltar que la Corte Suprema de Justicia se abstuvo de estudiar de fondo el caso de la accionante, con fundamento en que no se acreditaron las exigencias de argumentación del recurso de casación.

225. Valoración del caso concreto, a partir de las subreglas jurisprudenciales aplicables . La Corte Constitucional considera que los jueces laborales de instancia omitieron su deber de valorar el caso en concreto a partir del enfoque constitucional establecido en la jurisprudencia mencionada anteriormente. En, criterio de la Sala, dichos funcionarios incurrieron en los siguientes yerros:

225.1. Los jueces partieron de un supuesto erróneo y carente de evidencia en el expediente (supra num. 4.1.), esto es, que la disforia de género y la depresión no son enfermedades. El supuesto en sí mismo puede ser cuestionado, particularmente, en lo que atañe a considerar que la depresión no es una enfermedad sino un “estado de ánimo” [330] .

Con todo, lo que resulta reprochable a título de desconocimiento del precedente judicial es que las autoridades accionadas se abstuvieron de valorar si la condición de salud de la accionante le impedía, significativamente, el normal desempeño laboral.

225.2. De haber valorado el caso desde esta perspectiva, hubieran podido advertir, al menos, tres cuestiones relevantes para definir si Daniela podía ser beneficiaria de estabilidad laboral:

(i) que, según la Organización Mundial de la Salud [331] , la depresión puede alterar el sueño y el apetito y es frecuente que concurra con cansancio y falta de concentración, por lo que, para la referida organización, es una causa importante de discapacidad en todo el mundo;

(ii) que el Ministerio de Salud considera la depresión como un trastorno mental y que ha precisado que “la depresión es distinta de las variaciones habituales del estado de ánimo y de las respuestas emocionales breves a los problemas de la vida cotidiana” [332] ; y (iii) que

los problemas sicológicos de la accionante sí impactaban el normal desempeño de sus funciones laborales, de lo que es prueba (a) el historial clínico de sicología en donde se ve que ella reportó diversos problemas de trabajo asociados, adicionalmente, con la disforia de género que se diagnosticó desde el año 2012 [333] , así como (b) las pruebas testimoniales del expediente, que dan cuenta de las dificultades laborales que se originaban en la práctica de exámenes médicos, controles clínicos y tratamientos para los problemas renales crónicos, especialmente, cuando estos exigían desplazamiento a otro municipio, al punto que los testigos informaron que el director médico de la clínica reasignaba turnos a la accionante cuando esta debía atender el tratamiento.

225.3. Los jueces accionados se abstuvieron de valorar los efectos que las patologías padecidas tenían sobre la capacidad laboral de Daniela , alegando que dichos efectos fueron demostrados con la calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, cuyo dictamen (2016) es posterior al despido de la accionante (2014). Esta postura, sin embargo, resulta ajena al precedente constitucional consolidado y reiterado de forma pacífica, desde la Sentencia SU-049 de 2017, según el cual no es perentoria la existencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral para poder determinar si una persona es beneficiaria de estabilidad . Lo que los jueces laborales accionados debieron valorar, en atención a la jurisprudencia de la Corte, es cómo los padecimientos de la trabajadora le impedían ejercer sus funciones con normalidad.

225.4. Las pruebas documentales que hubieran permitido entender cómo los padecimientos le impedían a la trabajadora ejercer sus funciones con normalidad, sobre todo en cuanto a la evolución sicológica y la falla renal, fueron descalificadas por los jueces con el argumento de que son elementos de juicio que dan cuenta de hechos posteriores al despido, cuando, en ambos casos, lo que mostraban esos documentos es que Daniela padecía enfermedades serias antes del despido y que las mismas continuaron y se agravaron o se hicieron más evidentes con el paso del tiempo, al punto de que, por un lado, la depresión se convirtió en depresión mayor y la falla renal en falla renal crónica y, por el otro, la autoridad respectiva terminó por definir que Daniela perdió el 16% de su capacidad laboral con ocasión de las dos patologías antes mencionadas.

225.5. La accionante aseguró que nunca le hicieron exámenes médicos de retiro. Sobre este tema en particular, la Sociedad Global guardó silencio.

226. En suma, por lo dicho antes, la Sala Plena considera que, si las autoridades judiciales accionadas hubieran tenido en cuenta el precedente constitucional, hubieran podido concluir que Daniela , además de ser despedida de forma inconstitucional (supra num. 4.3.), podía llegar a ser titular del fuero de estabilidad laboral pretendido con la demanda ordinaria. Esto, claro está, por las patologías que padecía, incluida la disforia de género, pero no por su condición per se de mujer trans. Todo, porque, desde una perspectiva constitucional, las pruebas del plenario le hubieran permitido concluir que la demandante tenía condiciones de salud que le impedían significativamente el normal desempeño laboral; pues:

(i) no se practicó el examen médico de retiro que hubiera permitido advertir sobre las enfermedades y sus efectos en la capacidad laboral; y (ii) la accionante había sido diagnosticada con disforia de género y problemas renales y, desde años antes del despido (2012), se encontraba en tratamientos y exámenes médicos.

227. Lo anterior, sin distingo de que Daniela estuviera o no calificada formalmente e, incluso, del porcentaje de la calificación que se le asignó posteriormente, pues, como lo ha señalado la Corte y lo reitera en esta ocasión, la estabilidad por cuestiones de salud no exige entrar a determinar el tipo de limitación que se padezca ni el grado o nivel de dicha limitación, se insiste, porque lo relevante es definir si el trabajador podía o no trabajar normalmente.

228. Conclusión sobre el segundo problema jurídico . Las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto por desconocimiento del precedente judicial, porque no valoraron el caso concreto en aplicación de las reglas establecidas por la Corte Constitucional, las cuales, por un lado, impiden negar el fuero de estabilidad laboral por la ausencia de calificación formal al momento del despido y, por el otro, les imponían el deber de estudiar si la condición de salud de la accionante le impedía significativamente el normal desempeño laboral.

6. Defecto sustantivo. Alcance del recurso extraordinario de casación 229. Alcance del defecto sustantivo . El defecto sustantivo se traduce en el error en el que incurren los jueces al aplicar o interpretar las disposiciones jurídicas que rigen el conflicto jurídico sometido a su jurisdicción. Sin embargo, tal error debe ser cualificado, esto es, tener la trascendencia suficiente para comprometer los derechos fundamentales de las partes del proceso o de los terceros interesados [334] .

Un error carente de dicha trascendencia, entonces, no tiene la entidad suficiente para justificar la configuración del defecto sustantivo [335] .

230. En ese contexto, entre otras hipótesis, la Corte [336] ha considerado que los jueces incurren en defecto sustantivo porque la decisión que adoptan tiene fundamento en una norma inaplicable al caso concreto, porque (i) no es pertinente;

(ii) ha perdido su vigencia por haber sido derogada, tácita o expresamente; (iii) es inexistente; (iv) ha sido declarada contraria a la Constitución Política; o (v) no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó. Igualmente, ha entendido que también se incurre en el mencionado defecto porque la interpretación de la norma que sí resultaba aplicable al caso:

(vi) no es razonable; (vii) es inaceptable por ser hermenéuticamente contraevidente o claramente perjudicial para los intereses las partes; y (viii) no es sistemática, en el entendido de que omite el análisis de otras disposiciones aplicables al asunto.

231. Recientemente, en la Sentencia SU-027 de 2021, la Corte reiteró la jurisprudencia constitucional sobre el defecto sustantivo por interpretación. Recordó la relevancia constitucional de los principios de autonomía y desconcentración judicial y seguridad jurídica [337] .

No obstante, mencionó que la autonomía judicial no equivale a la libertad absoluta de los jueces para interpretar el derecho e insistió en que la valoración normativa que se hace en el marco de la administración de justicia como función pública, debe estar conforme a los postulados constitucionales [338] , especialmente, “el respeto por la corrección dentro del sistema jurídico y la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales; la jurisprudencia de unificación dictada por las altas Cortes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional” . La autonomía de los jueces de la República protege, en consecuencia, “(…) la aplicación razonable del derecho y «no puede convertirse en patente de corso para aplicar cualquier interpretación posible», ya que «el sistema jurídico, en sus distintos niveles, impone restricciones a las interpretaciones posibles»” [339] .

232. Alegatos de la demanda de tutela . La tutelante aseguró que la Corte Suprema de Justicia “impuso la RIGUROSIDAD LA TÉCNICA DEL RECURSO DE CASACIÓN SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ” [340] . Esto, habida cuenta de que la Corporación no se pronunció de fondo sobre la controversia planteada, por un lado, porque no se cumplieron las exigencias mínimas de motivación (CPTSS, art.

90.5) y, por el otro, debido a que los argumentos contenidos en el escrito de casación reflejaban reproches y razonamientos propios de los recursos ordinarios de instancia.

233. Naturaleza jurídica del recurso de casación laboral . El artículo 11 de la Ley 270 de 1996 establece que la jurisdicción ordinaria está conformada por los juzgados municipales, promiscuos y de circuito (especializados), los tribunales superiores de distrito judicial y la Corte Suprema de Justicia. Aquellos son jueces de instancia, mientras esta última es un tribunal de casación, según el numeral 1º del artículo 235 de la Constitución Política. Como tal, le compete tramitar el recurso extraordinario de casación que, en materia laboral, está regulado en los artículos 86 a 99 del CPTSS y la Ley 16 de 1969. Recientemente, en la Sentencia SU-227 de 2021, la Sala Plena de la Corte definió la casación laboral como “un medio de impugnación extraordinario, de naturaleza rogada y especial, en el que se enfrenta la sentencia recurrida con la ley, en procura de su derribamiento” . Este enfoque coincide con el que ha sostenido la propia Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia [341] .

234. La Corte Constitucional señaló que el recurso de casación laboral tiene cuatro características esenciales: (i) es extraordinario; (ii) es excepcional;

(iii) es riguroso y formalista; y (iv) es dispositivo [342] . 235. El recurso de casación es extraordinario porque tiene un objeto limitado, esto es, un juicio técnico jurídico sobre la legalidad de la sentencia, sobre el proceso en su totalidad o sobre las bases probatorias sobre las cuales se cimentó la sentencia acusada [343] .

Como tal, su admisión está circunscrita a la configuración de alguna de las causales contempladas en el artículo 87 del CPTSS [344] : (i) la violación del principio de non reformatio in pejus , que ocurre cuando el superior empeora, agrava o perjudica la situación del apelante único o de la parte en cuyo favor se surtió la consulta [345] ;

y (ii) la violación de la ley sustancial. Esta última, según la jurisprudencia ordinaria laboral, tiene dos modalidades [346] , a saber, (a) la vía directa , mediante la cual se alega la existencia de yerros jurídicos en la sentencia de instancia, y (b) la vía indirecta , mediante la cual la parte recurrente alega configurados errores fácticos o probatorios.

236. Desde esa perspectiva, la jurisprudencia constitucional y ordinaria laboral han reconocido que las finalidades legales del recurso de casación son la unificación de jurisprudencia y la defensa de la ley sustantiva [347] .

De allí que no pueda ser utilizado como una tercera instancia adicional a las establecidas por el legislador. 237. El recurso de casación es excepcional .

Esto, porque el mismo no procede en contra de todas las sentencias; únicamente en contra de aquellas señaladas expresamente por el legislador y en las cuantías señaladas por él, esto es, las decisiones de segunda instancia dictadas en un proceso ordinario y las de primera instancia, pero en este último evento en los casos de casación per saltum.

Todo, en los términos y cuantías señaladas en los artículos 86 y 89 del CPTSS. 238. El recurso de casación es riguroso y formalista porque la ley estableció múltiples requisitos técnicos para su procedencia y ejercicio [348] , específicamente, los artículos 87, 90, y 91 del CPTSS y la Ley 16 de 1969.

Estas normas, señaló recientemente la Corte Suprema de Justicia [349] , “instituyen las reglas mínimas a las que debe sujetarse el recurrente en casación, para que la Corte pueda ejercer el estudio de legalidad de la sentencia controvertida” . Los requisitos de técnica formales y de orden lógico le imponen al recurrente varias cargas en cuanto a la formulación del “alcance de la impugnación” (CPTSS, art. 90.4) y el desarrollo y explicación de los “motivos de casación” (CPTSS, art. 90.5). El incumplimiento de las exigencias legales impone la necesidad de desestimar el recurso e impide llevar a cabo un estudio de fondo.

239. El recurso de casación es dispositivo o rogado debido a que la Corte Suprema de Justicia únicamente se puede pronunciar respecto de las causales y argumentos planteados por la parte recurrente. Esta característica tiene dos consecuencias prácticas relevantes:

por un lado, que la Sala de Casación no está facultada para subsanar motu proprio los errores en la formulación de los cargos [350] . Por el otro, que dicha autoridad no puede aprehender conocimiento de oficio de los asuntos que no fueron objeto de reproche [351] .

240. La Corte Suprema de Justicia incurrió en defecto sustantivo . El expediente ordinario da cuenta de que el recurso de casación que presentó Daniela contiene dos tipos de reproches. Por una parte, agrupados en dos cargos impetrados por la vía directa (supra fj. 235), están los reproches que la actora hizo respecto de los medios de prueba practicados en el proceso, que corresponden a los mismos alegatos del defecto fáctico del que se ocupó la Sala Plena en el numeral 4 supra , así como también están los cuestionamientos sobre la presunta violación del deber de decretar pruebas de oficio para establecer si la accionante estaba o no en una situación de debilidad manifiesta.

241. Por otra parte, en el recurso de casación se observan algunos alegatos sobre el acoso y persecución laborales a los que estaba siendo sometida Daniela por parte de sus jefes, según expresó esta última, por la disforia de género que le diagnosticaron, esto es, por cuestiones asociadas con su identidad de género y, además, por “(…) pertenecer a la MINORÍA COMUNIDAD LGBTI (…)” .

242. Respecto del primer grupo de reproches, que respaldan los dos cargos de casación invocados, la Corte Constitucional no encuentra reparo alguno de la decisión que adoptó la Corte Suprema de Justicia y, por ende, entiende que dicha autoridad no incurrió en el defecto sustantivo alegado, al menos, por dos razones:

de una parte , porque el escrito no cumple con las exigencias legales de argumentación y, en parte, sus razonamientos carecen de lógica argumentativa, por lo que se comparten los argumentos esgrimidos en el fallo de casación objeto de la demanda de amparo.

Basta con agregar que, la Sala Plena señaló [352] que los requisitos de técnica formales y de orden lógico le imponen al demandante en casación, entre otras, las siguientes cargas en la formulación del recurso de casación, las cuales no están acreditadas en el caso sub examine :

(i) identificar los pilares sobre los que “se encuentra construido el pronunciamiento que se propone combatir” [353] ; (ii) elegir correctamente la vía (directa o indirecta, supra fj. 235) y la modalidad del ataque formulado (infracción directa, interpretación errónea o aplicación indebida);

(iii) plantear una acusación que sea “ completa en su formulación, suficiente en su desarrollo y eficaz en lo pretendido” [354] ; y (iv) demostrar “no solo el error sino su trascendencia en el resultado [final] del proceso” [355] . Recuérdese que el recurso de casación es riguroso y formalista (supra fj.

238) y dispositivo (supra fj. 239), según la jurisprudencia constitucional y ordinaria. 243. Y, de otra parte, debido a que el establecimiento de requisitos como los mencionados no quebranta el derecho fundamental al debido proceso ni es contrario per se al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, según lo que ha señalado este Tribunal desde hace varios años [356] , con fundamento en que el legislador cuenta con un amplio margen para configurar los procedimientos jurisdiccionales [357] , el cual lo

habilita para establecer requisitos de procedencia de los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre que estos resulten razonables y proporcionados para quien debe acreditarlos [358] .

244. En criterio de la Sala, los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia, que no se acreditaron en el caso sub examine , no son desproporcionados si se tiene en cuenta:

(i) que el establecimiento de unas causales taxativas y requisitos lógico-argumentativos para la procedencia del recurso de casación contribuye a la efectiva realización del debido proceso [359] ;

(ii) el carácter extraordinario de la casación (supra fj. 235); (iii) el hecho de que dicho recurso tiene como objeto la unificación de jurisprudencia y la defensa de la ley sustantiva (supra fj. 236); y (iv) que la parte recurrente tuvo a su disposición dos instancias ordinarias.

245. Por lo demás, según la jurisprudencia constitucional, los requisitos del recurso de casación " [a] «impiden que se desnaturalice su esencia» y [b] propenden por «la racionalización, eficiencia y eficacia de la administración de justicia»" [360] .

En ese contexto, las exigencias argumentativas no constituyen "un mero culto a la forma, sino que hacen parte esencial de la garantía del derecho fundamental al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Carta, dentro del cual se encuentra la denominada plenitud de las formas propias de cada juicio, sin la cual no se puede predicar el equilibrio de quienes participan dentro del proceso judicial" , como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia [361] .

246. No obstante, la Corte Constitucional considera que, frente al segundo grupo de reproches, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia sí incurrió en defecto sustantivo.

Esto, por los siguientes argumentos. 247. El recurso de casación debe entenderse en "clave" constitucional, habida cuenta de que "esta figura no es un instituto de creación puramente legal, sino que tiene un fundamento constitucional expreso" , como lo señaló la Corte en la Sentencia C-203 de 2011. Así, el "el recurso de casación debe ser consecuente con el fundamento axiológico de la Constitución y debe concebirse e interpretarse en una dimensión amplia que «involucre la integración de principios y valores constitucionales y, por lo tanto, la protección de los derechos constitucionales que de ellos se derivan»" [362] .

En la mencionada providencia, la Sala Plena reconoció que, además de las funciones legales señaladas en el fundamento jurídico 236 supra , el recurso extraordinario de casación tiene una función constitucional, a saber, la revisión de "constitucionalidad de las sentencias de instancia, para que de esta manera se puedan proteger derechos subjetivos del casacionista, teniendo como punto de partida el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (…)" .

248. Este enfoque constitucional [363] tiene, al menos, tres efectos prácticos, respecto de tres de las cuatro características esenciales del recurso de casación:

(i) respecto d el carácter extraordinario , la " admisión de este recurso no sólo se encuentra sujeta a las causales taxativas contempladas en la ley, sino que, en virtud de los derechos fundamentales incorporados en la Carta Política de 1991, se entiende que será admisible ante la violación que sobre alguno de ellos se presente por una decisión judicial" [364] ;

(ii) frente al carácter dispositivo o rogado, surge una excepción en aquellos casos en los que existe una violación evidente de derechos fundamentales, lo que supone que así la violación de los derechos aludidos no se formule expresamente " es obligatorio para el tribunal de casación pronunciarse oficiosamente " [365] (subrayas propias), habida cuenta de que una "sentencia que no ha sido dictada conforme a la ley sino contrariándola, jamás podrá tenerse como válidamente expedida y, mucho menos, puede ejecutarse" , como lo señaló la Sala Plena en la Sentencia SU-143 de 2020; y (iii) los requisitos formales y técnico-jurídicos de la casación deben flexibilizarse cuando ello resulte indispensable para satisfacer derechos fundamentales o principios constitucionales, lo que se explica en que "el principio de supremacía del derecho sustancial sobre el procesal tiene en los fines de la casación una de sus manifestaciones más claras (…)" [366] , las cuales reflejan y encuentran fundamento en el artículo 53 de la Constitución Política.

249. Ahora bien, la Sala Plena encontró probadas dos circunstancias que dan cuenta de que la Corte Suprema de Justicia debió pronunciarse sobre la posible violación de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana y a la identidad de género, incluso, de manera oficiosa. Al no hacerlo, interpretó indebidamente las normas que regulan las exigencias argumentativas del recurso de casación, esto es los numerales 4º y 5º del artículo 90 del CPTSS, cuya interpretación constitucional se explicó en las consideraciones precedentes.

250. Por un lado, la Corte Suprema de Justicia omitió valorar que la parte recurrente le informó sobre la posible configuración de conductas discriminatorias basadas en la identidad de género de la accionante y su pertenencia a la comunidad LGBTI. En efecto, al sustentar el primer cargo, el apoderado de la accionante acusó a los jueces de instancia por "NO DAR por probado EST [Á] NDOLO, que los testigos presentados por la parte actora, quienes eran compañeros de Labor [de la] DEMANDANTE, por ser Médicos adscritos a la [Clínica General] , de manera clara, extendida y puntual, señalaron que el ACTOR era Víctima de acoso, Matoneo, y Persecución Laboral por parte de sus Jefes Inmediatos en razón a su DISFORIA DE GENERO (sic) ".

Posteriormente, al sustentar el segundo cargo, el apoderado pidió que se tuviera en cuenta la pertenencia de la actora a la comunidad LGBTI, como se puede leer en la página 20 del recurso, obrante en el folio 396 del expediente ordinario.

251. Es del caso aclarar que, aun haciendo caso omiso de lo anterior, el juez de la casación estaba obligado a valorar de oficio la posible violación de los derechos fundamentales mencionados en el fundamento jurídico precedente, sobre todo porque en el expediente había pruebas documentales, testimoniales e indiciarias que daban cuenta de actos discriminatorios, como se explicó al estudiar el defecto fáctico (supra num.

4). Sin embargo, la autoridad judicial accionada guardó silencio sobre el particular, en el entendido de que se limitó a estudiar los reproches sobre la estabilidad laboral reforzada que alegó el apoderado de Daniela , de cara a los requisitos y exigencias formales de la casación.

252. Habría que agregar que, para el momento en el que se dictó el fallo de casación acusado, la jurisprudencia constitucional ya había establecido el enfoque constitucional del recurso de casación y, específicamente, el deber de valorar, incluso de oficio, la eventual violación de los derechos fundamentales, tal y como se puede observar en las sentencia C-596 de 2000 y SU-143 de 2021.

253. Conclusión sobre el tercer problema jurídico. La Corte Suprema de Justicia incurrió en el defecto sustantivo que se le imputa, debido a que interpretó indebidamente las normas que regulan las exigencias argumentativas del recurso de casación, esto es, los numerales 4º y 5º del artículo 90 del CPTSS. Esto, porque la jurisprudencia constitucional estableció una excepción al carácter dispositivo o rogado cuando existe una violación de derechos fundamentales, según la cual dicha violación debe ser estudiada, incluso, de forma oficiosa.

7. Remedio constitucional 254. Por las razones expuestas, la Corte concluye que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira y el Tribunal Superior de Buga vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a no ser discriminada, a la identidad de género y al debido proceso de Daniela . En consecuencia, es necesario revocar la sentencia del 25 de enero de 2022, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia , que confirmó el fallo del 25 de mayo del mismo año, proferido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia , consistente en negar las pretensiones de la demanda de tutela. En su lugar, se dispondrá el amparo de los derechos fundamentales previamente mencionados.

255. Alcance de la decisión. Ahora bien, para establecer cuál es el remedio constitucional idóneo es necesario ponderar, por un lado, la autonomía de los jueces para resolver los conflictos sometidos a su jurisdicción y, por el otro, el goce efectivo de los derechos fundamentales que fueron afectados, desde una perspectiva temporal, así como los defectos advertidos y los problemas de constitucionalidad del despido de Daniela .

256. En criterio de la Corte, la medida más efectiva para la protección de los derechos de Daniela es declarar la ineficacia del despido y ordenarle al empleador o a quien haga sus veces que la reintegre sin solución de continuidad al mismo cargo para el que fue contratada o en uno de igual o superior jerarquía, lo cual supone el deber de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir.

257. Para tales fines, la Sala Plena le ordenará al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira que liquide las sumas de dinero que la Sociedad Global o quien haga sus veces, le adeuda a Daniela . En todo caso, al liquidar las sumas de dinero, deberá tener en cuenta la suma de dinero que el empleador pagó a título de indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo (supra fj. 7).

258. Esta remedio constitucional se toma teniendo en cuenta que la lesión de la autonomía jurisdiccional es leve, mientras que la lesión para los derechos fundamentales violados sería grave, si es que se emite una orden a los jueces de resolver nuevamente la controversia sub examine . Esto, por las especificidades del caso concreto:

258.1. Los hechos discriminatorios ocurrieron entre los años 2012 y 2014, esto es, entre 8 y 10 años atrás. 258.2. Desde el momento del despido inconstitucional han transcurrido 8 años.

258.3. A partir de ese momento, la actora ha tenido problemas para acceder a un trabajo estable y, por ende, su vinculación con el sistema contributivo de salud ha sido intermitente, como lo muestra la captura de pantalla que la tutelante aportó con el escrito de intervención del 21 de noviembre de 2022, en el que se certifica la “mora en aportes” al sistema.

258.4. Pese a lo anterior, Daniela debe mantenerse en tratamiento permanente para la disforia de género y el problema renal crónico que padece.

258.5. La Sala Plena encontró inconsistencias que afectan los fallos tutelados y, además, el acto mismo del despido, lo que en sí mismo limita las decisiones ordinarias.

258.6. Los defectos fácticos advertidos supondrían la necesidad de anular las decisiones adoptadas, inclusive, desde el decreto de pruebas (supra 4.1.).

258.7. Si se tiene en cuenta lo dicho en el numeral previo y el tiempo que podría transcurrir en la sustanciación del proceso laboral, la solución del caso estaría produciéndose luego de mas de 10 años de la terminación de la relación laboral y pasados más de doce de los actos discriminatorios, situación que riñe con el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia de Daniela .

259. Garantías de no repetición respecto del reintegro. La Sala Plena estima necesario adoptar medidas tendientes a garantizar que la protección de los derechos fundamentales de la actora no suponga un escenario de discriminación igual o más gravoso que el que se pretendió remediar por medio de esta providencia judicial. En consecuencia, se dispondrá que, dentro de los cinco días concedidos para cumplir con la orden de reintegro, la Sociedad Global o quien haga sus veces adelante campañas pedagógicas para sus empleados, particularmente, respecto de los derechos de las personas con identidades de género y sexuales diversas. Tales capacitaciones, al menos, deben estar orientadas a garantizar que no se repitan escenarios de discriminación como los aquí estudiados. Esto, claro está, no autoriza al empleador a exponer las particularidades del caso de Daniela ni asuntos de su vida íntima y personal, siempre que ella no lo autorice de manera previa, expresa, voluntaria y concertada.

260. Este mandato, en forma alguna, puede entenderse como una restricción al cumplimiento de la orden de reintegro de Daniela , pues, como ya se dijo, tiene que ser adelantada dentro de los cinco días concedidos para el reintegro. Todo, sin perjuicio de que la accionante decida concertar con su empleador la manera como se reintegrará al cargo o que ella no acepte el reintegro que ordenó la Corte Constitucional.

261. Capacitación de los jueces de la República y difusión de la sentencia. Tal y como se señaló al estudiar el defecto por violación directa de la Constitución, la Sala Plena le ordenará al Consejo Superior de la Judicatura que, por medio de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, adopte las medidas necesarias para garantizar la formación de los funcionarios judiciales en temas asociados con las diversidades de género y sexual, inclusive en la Convocatoria 27 que actualmente adelanta, claro está, sin que esto implique en forma alguna que deba alterar el cronograma del Curso de Formación Judicial . Además, le ordenará que publique esta sentencia por el medio que considere apropiado para que la misma sea conocida por todos los funcionarios judiciales y empleados del país, especialmente, por los encargados de conocer los procesos laborales.

8. Síntesis de la decisión 262. Daniela solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la identidad de género y a la identidad sexual, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, vida, dignidad humana, trabajo, seguridad social y al debido proceso, así como los que denominó “derechos de las personas transgénero” . Pidió que se dejen sin efectos las sentencias proferidas por las autoridades judiciales accionadas, dentro del proceso ordinario laboral que promovió contra la Sociedad Global , con el objeto de que se declarara la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

Para tales fines, expuso tres líneas de argumentación: (i) que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto fáctico, pues valoró indebidamente unas pruebas y, además, omitió otras relevantes para la decisión;

(ii) que se impuso la rigurosidad de la técnica del recurso extraordinario de casación sobre los derechos fundamentales; y (iii) que se desconocieron los precedentes judiciales vigentes y aplicables al caso concreto.

263. La Sala encontró que la acción de tutela satisfizo los requisitos de procedencia de la acción de tutela. Particularmente, entendió cumplida la exigencia de relevancia constitucional, para lo que señaló que no es cierto que la tutelante está haciendo referencia a nuevos hechos no alegados en el proceso ordinario laboral. Adicionalmente, concluyó que la controversia planteada no versa sobre un asunto meramente legal o económico, sino que en el fondo suscita un debate jurídico sobre el alcance de la cláusula de no discriminación en los escenarios laborales, así como también sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales a la identidad de género, igualdad y a la dignidad humana, respecto de las decisiones judiciales adoptadas frente a la terminación unilateral del contrato de trabajo de Daniela .

Agregó que la accionante no busca reabrir debates resueltos en el proceso ordinario, en el entendido de que lo que pretende es que la Corte se pronuncie sobre problemas jurídicos sustanciales que no tuvieron en cuenta los jueces ordinarios.

264. La Sala encontró que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto fáctico y en violación directa de la Constitución por cuatro razones:

primero porque valoraron indebidamente la prueba testimonial del expediente. Segundo , por cuanto incurrieron en actos discriminatorios y violatorios de la identidad de género de Daniela .

Tercero, con ocasión de que omitieron el estudio de la prueba indiciaria y el decreto oficioso y la práctica de pruebas, las cuales les hubieran permitido concluir que la accionante fue sometida a diversos tratos discriminatorios por parte de sus compañeros de trabajo y sus jefes directos, algunos de los cuales, en criterio de la Sala, fundamentaron la terminación del contrato de trabajo.

Y, cuarto , debido a que no valoraron los elementos de prueba que daban cuenta de que el empleador de Daniela pudo haber tenido conocimiento de su estado de salud.

265. Además , la Corte concluyó que se comprometió gravemente el principio general de no discriminación y, con esto, los postulados esenciales del Estado Social de Derecho. Tal situación, se dijo, se generó por el hecho de que las autoridades judiciales accionadas participaron de los hechos discriminatorios objeto del debate constitucional. La Sala Plena resaltó que, en casos como el que se estudió, es importante tener en cuenta que la prohibición de discriminación no solo es exigible en el marco de las relaciones entre los particulares, trabajador y empleado en este caso, sino que también es exigible a los funcionarios judiciales, quienes deben garantizar que las personas con orientación de género y sexual diversas puedan acudir al aparato judicial en busca de la protección de sus derechos, sin el temor a ser discriminados por ello, esto es, revictimizados por los mismos jueces de la República.

266. La Corte también consideró que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto por desconocimiento del precedente judicial, porque no valoraron el caso concreto en aplicación de las reglas establecidas por la Corte Constitucional, las cuales, por un lado, impiden negar el fuero de estabilidad laboral por la ausencia de calificación formal al momento del despido y, por el otro, les imponían el deber de estudiar si la condición de salud de la accionante le impedía significativamente el normal desempeño laboral.

267. La Sala concluyó que la Corte Suprema de Justicia incurrió en el defecto sustantivo que se le imputa, debido a que interpretó indebidamente las normas que regulan las exigencias argumentativas del recurso de casación, a saber, los numerales 4º y 5º del artículo 90 del CPTSS. Esto, porque la jurisprudencia constitucional estableció una excepción al carácter dispositivo o rogado cuando existe una violación de derechos fundamentales, según la cual dicha violación debe ser estudiada, incluso, de forma oficiosa.

268. Como consecuencia de lo anterior, la Sala revocó los fallos revisados y, en su lugar, dispuso el amparo de los derechos fundamentales previamente mencionados.

En consecuencia, declaró la ineficacia del despido y le ordenó al empleador o a quien haga sus veces que la reintegre sin solución de continuidad y al mismo cargo para el que fue contratada o en uno de igual o superior jerarquía, lo cual, además, supone el deber de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir. Con todo, se ordenó al juez laboral de primera instancia que liquidara la condena, teniendo en cuenta la indemnización que pagó la empresa demandada en el proceso ordinario laboral.

269. Finalmente, se adoptaron medidas tendientes a evitar la repetición de actos como los que se estudiaron. Por un lado, se le ordenó al Consejo Superior de la Judicatura que incluyera en el proceso de preparación de jueces y magistrados, un módulo de formación específica sobre los derechos de las personas con identidades de género y sexuales diversas. Particular pero no exclusivamente, se dispuso que la medida se implementara en el curso de formación judicial que corresponde a la Convocatoria 27 para funcionarios de la Rama Judicial (en curso). Por otro lado, la Corte Constitucional le ordenó al Consejo Superior de la Judicatura que publicara la sentencia por el medio que considere apropiado para que la misma sea conocida por todos los funcionarios judiciales y empleados del país.

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero. REVOCAR la sentencia de tutela del 25 de enero de 2022, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmada mediante providencia del 25 de mayo del mismo año, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del cual se denegó el amparo de los derechos fundamentales de Daniela , por las razones expuestas en este proveído.

Segundo. AMPARAR los derechos fundamentales a la igualdad, a no ser discriminada, a la identidad de género y al debido proceso de Daniela . En consecuencia, DEJAR sin efectos las sentencias ordinarias dictadas por la Sala Tercera de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga y el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, dentro

del proceso ordinario laboral que Daniela promovió en contra de la Sociedad Global , buscando la ineficacia de la terminación de la relación laboral. Esto y aquello por lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia judicial.

Tercero. DECLARAR la ineficacia del despido de Daniela , debido a la inconstitucionalidad del mismo. ORDENAR a la Sociedad Global o a quien haga sus veces, que, en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, reintegre inmediatamente y sin solución de continuidad a Daniela , en el mismo cargo para el que fue contratada o en uno de igual o superior jerarquía. Para tales fines, se deberán tomar en consideración los razonamientos expuestos en el acápite del remedio constitucional.

Cuarto. ORDENAR a la Sociedad Global o a quien haga sus veces, que, en el término de un (1) mes, reconozca y pague todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde el momento de la terminación del vínculo laboral.

Para tales fines, ORDENAR al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira que, dentro del término de cinco (5) días, contados desde la notificación de esta sentencia, liquide las sumas de dinero que la Sociedad Global o quien haga sus veces, le adeuda a Daniela , teniendo en cuenta para ello la indemnización que el empleador le reconoció en su momento.

Quinto. ORDENAR al Consejo Superior de la Judicatura que, en el término de dos (2) meses, contados a partir de la notificación de esta sentencia, adopte las medidas necesarias para incluir en el proceso de preparación de jueces y magistrados, un módulo de formación específica sobre los derechos de las personas con identidades de género y sexuales diversas , el cual se debe aplicar en la Convocatoria 27 (en curso).

Sexto. ORDENAR al Consejo Superior de la Judicatura que, en el término de diez (10) días, contados a partir de su notificación, publique esta sentencia en el medio que considere más apropiado, a efectos de que la misma sea conocida por todos los funcionarios y empleados de país, especialmente, los encargados de conocer los procedimientos laborales.

Séptimo. LIBRAR , por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí señalados.

Comuníquese y cúmplase, DIANA FAJARDO RIVERA Presidenta Aclaración de voto NATALIA ÁNGEL CABO Magistrada JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ Magistrado JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR Magistrado ALEJANDRO LINARES CANTILLO Magistrado Ausente con permiso ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado Con salvamento parcial de voto PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER Presidenta JOSE FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO A LA SENTENCIA SU.067/23 Referencia:

Expediente T-8.842.342 Solicitud de tutela promovida por Daniela en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior de Buga y el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca Con el debido respeto por la postura mayoritaria de la Sala Plena, a continuación expongo brevemente los motivos por los que me aparto parcialmente de la decisión adoptada en la Sentencia SU-067 de 2023, mediante la cual se revocó la sentencia de tutela del 25 de enero de 2022, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmada mediante providencia del 25 de mayo del mismo año, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales de Daniela .

En esta oportunidad, la Corte Constitucional resolvió amparar los derechos fundamentales a la igualdad, a no ser discriminada, a la identidad de género y al debido proceso de la actora. En consecuencia, dejó sin efectos las sentencias que habían sido dictados en el proceso ordinario laboral que Daniela promovió en contra de la Sociedad Global con el objeto de que se declarara la ineficacia de la terminación de la relación laboral para, en su lugar, declarar en sede de revisión de tutela la ineficacia de dicho despido, ordenar su reintegro sin solución de continuidad y el reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de la terminación del vínculo laboral. Así mismo, ordenó al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira que liquide las sumas de dinero que se le deben pagar a la accionante.

Si bien coincido con la decisión de amparar el derecho fundamental al debido proceso y, con ello, el derecho a la identidad de género , entre otros, no comparto el remedio constitucional que se establece en los resolutivos tercero y cuarto de la sentencia, relacionados con la orden de reintegro de la accionante y el pago de los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir, por cuanto el juez constitucional carece de competencia para resolver pretensiones de carácter laboral y ordenar indemnizaciones. Es la autoridad judicial laboral -juez natural-, la que tiene competencia para resolver los conflictos orientados a determinar los salarios y las prestaciones que deben ser reconocidos y pagados por el empleador, en caso de que se determine que el despido en discusión es ineficaz.

En otras palabras, considero que en aquellos escenarios de tutela contra providencia judicial las medidas que se adopten no pueden invadir las competencias de los jueces ordinarios. Además, no se debe perder de vista que el juez de tutela no es competente para ordenar indemnizaciones más allá de lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

Es necesario recordar que, "en virtud de lo regulado en los artículos 241-2 y 86-2 de la Constitución, la competencia de la Corte Constitucional en materia de tutela se circunscribe a la eventual revisión de las decisiones adoptadas por los despachos judiciales de instancia". Es decir, que el propio constituyente dispuso que la revisión de la Corte no es una tercera instancia, de manera que su función principal es analizar los fallos de tutela de primera y segunda instancia con el fin de "verifica[r] la conformidad de esas determinaciones con los principios y fundamentos de la Constitución Política, con el objeto de unificar la jurisprudencia y para trazar pautas doctrinales que permitan la solución, con arreglo a los mandatos supremos, de posteriores casos, similares a los ya vistos" (C-1716 de 2000).

De la procedencia de la revisión en un caso concreto no se deriva la facultad de la Corte Constitucional para intervenir en la competencia otorgada constitucionalmente a los órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones. Por tanto, constituye un desconocimiento de esa garantía institucional que este tribunal, en ejercicio de sus facultades para unificar jurisprudencia en materia de tutela –art. 34 del Decreto 2591 de 1991–, resuelva los procesos que el ordenamiento constitucional y legal le ha atribuido a otras jurisdicciones [367] .

En el presente caso la extralimitación de la Corte tiene el problema adicional de que, como quedó acreditado en el trámite de revisión de los fallos de tutela, no se probó dentro del proceso ordinario laboral la actuación irregular de la demandada para la prosperidad de las respectivas pretensiones. Adicionalmente, considero que en el caso estudiado no había coherencia entre los argumentos fácticos señalados en este último proceso y los alegados en la solicitud de tutela y en sede de revisión.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA DIANA FAJARDO RIVERA A LA SENTENCIA SU.067/23 Referencia: expediente T-8.842.342 Acción de tutela interpuesta por Daniela en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior de Buga y el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca Magistrada ponente:

Paola Andrea Meneses Mosquera 1. Con el respeto acostumbrado por las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, presento las razones que me llevan a aclarar el voto en la Sentencia SU-067 de 2023. Sin duda, esta providencia de la Sala Plena es un pronunciamiento hito, pues contribuye significativamente a la salvaguarda de los derechos de las mujeres trans en el escenario laboral, lo cual resulta especialmente oportuno en un contexto en el que este grupo poblacional demanda urgentemente la atención de sus garantías constitucionales. Por eso acompaño esta sentencia y resalto su valor, en tanto un paso más en el recorrido que hemos emprendido para lograr, de una vez por todas, el mandato de igualdad material en nuestro país. Con todo, encuentro necesario referirme a aspectos que hubieran robustecido la decisión de la Corte, a saber: (i) la necesidad de abordar el caso desde una perspectiva amplia de género; (ii) la situación de discriminación que experimentan las personas con identidades de género diversas en el ámbito laboral; (iii) el deber constitucional de respetar los pronombres como manifestación del derecho a la identidad de género; y (iv) la necesidad de hacer referencia a la despatologización de las identidades de género diversas al abordar la llamada "disforia de género".

1. La necesidad de abordar el caso desde una perspectiva de género más amplia 2. La sentencia hace referencia al deber del juez de primera instancia de considerar el contexto de discriminación sufrido por las mujeres trans con el objeto de establecer las verdaderas causas del despido de Daniela , aplicando así la perspectiva de género. No obstante, considero que también debió haber evidenciado cómo dicha perspectiva era necesaria, más allá del análisis de las causas del despido, para evitar la experiencia de discriminación que la demandante enfrentó durante el proceso adelantado ante la Jurisdicción Ordinaria.

3. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha destacado la importancia de aplicar una perspectiva de género en materia de acceso a la justicia no solo en el caso de las mujeres cis, como población históricamente discriminada, sino también en el caso de la población LGBTI [368] .

Como sucede en los casos de violencia contra la mujer, la Corte ha reconocido que las mujeres acuden a autoridades judiciales para exigir sus derechos. No obstante, en la práctica ello suele acarrear " un fenómeno de 'revictimización' de la mujer pues la respuesta estatal no solo no es la que se esperaba, sino que, muchas veces, se nutre de estigmas sociales que incentivan la discriminación y violencia contra esa población" [369] .

Por esta razón, se ha señalado que: "[…] en el ejercicio de la función de administrar justicia, la perspectiva de género es un criterio hermenéutico que deben emplear todos los operadores jurídicos, con independencia de su jerarquía o especialidad, para la resolución del litigio que se le plantea en cualquier caso en el que exista sospecha de relaciones asimétricas, prejuicios o patrones estereotipados de

género. Consiste en integrar los principios de igualdad y de no discriminación en la interpretación y aplicación de las normas, a fin de garantizar la mayor protección de los derechos humanos, en especial, los de las víctimas y, en esa medida, ofrecer soluciones equitativas ante situaciones de desequilibrio estructural. Al tratarse de una obligación a cargo de los servidores judiciales, esta herramienta ha de ser aplicada aun cuando las partes no la hayan contemplado en sus alegaciones, y no solo al momento de dictar sentencia, sino en cualquiera de las etapas del proceso" [370] .

4. En el caso que nos ocupa, la aplicación de la perspectiva de género, exigible a los jueces de instancia, habría permitido abordar desde otro enfoque -mucho más amplio- no solo la situación laboral de Daniela -comprendiendo la discriminación que viven las personas trans en dicho ámbito-, sino también su experiencia en el sistema judicial. Esto habría obligado a los jueces de instancia a proteger los derechos fundamentales de la demandante, en vez de exponerla, por segunda vez, a conductas discriminatorias. Hecho que debía ser objeto de reproche por parte de la mayoría de la Sala.

2. Importancia de tener en cuenta la situación de discriminación que experimentan las personas con identidades de género diversas en el ámbito laboral 5.

En septiembre de 2021, la subdirección de Género del Departamento Nacional de Planeación (DNP) emitió el informe "Situación de las personas trans en Colombia". En dicho informe se describen las barreras de acceso al sistema laboral que enfrentan las personas trans, comenzando desde el acceso y permanencia en el sector educativo. Estas barreras impiden el logro de niveles educativos más altos y limitan las oportunidades laborales [371] . En este último ámbito, las personas trans se enfrentan a prácticas de vinculación que dificultan el acceso al trabajo, como la necesidad de demostrar que no están en la obligación de presentar la libreta militar para acceder a una vacante, o distintas dificultades asociadas a la presentación de documentos de identidad.

6. El informe del DNP también destaca que las personas trans deben asumir un esfuerzo adicional en el ámbito laboral, pues deben demostrar en mayor grado sus capacidades y habilidades, especialmente en perfiles profesionales. Incluso dentro de la población LGBTI, las personas trans enfrentan mayores exigencias que las personas LGB. El informe también subraya que, a pesar de contar con formación académica y profesional, las mujeres trans son relegadas a escenarios laborales que históricamente, a partir de prejuicios, han sido entendidos como su escenario de ocupación, como es el caso del trabajo sexual [372] .

7. En 2023, la Defensoría del Pueblo, a través de la Delegada para los Derechos de las Mujeres y los Asuntos de Género, presentó el informe "Una radiografía del prejuicio: informe anual 2022 de derechos humanos de personas OSIGD-LGBTI y balance de la Política Pública Nacional 2019-2022 en Colombia". Allí se indicó que "hay restricciones en las trayectorias, los recorridos cotidianos, las oportunidades laborales y los proyectos de vida de las personas trans, principalmente hacia las mujeres, motivadas por el perjuicio que las asocia con el trabajo sexual, pues se supone que sus lugares de trabajo, vivienda y socialización solo se limitan a las zonas que han sido establecidas para ello" [373] .

8. Para la Defensoría del Pueblo, de 13 casos orientados por discriminación y prejuicios en ambientes laborales en 2022, 5 fueron por identidad de género, y particularmente sobre las barreras que enfrentan las personas LGBTI en el ámbito laboral, el informe citado indicó que "tienen que ver con la dificultad de acceder a empleos, pues a pesar de estar calificados no logran completar los procesos de selección, situación que los posibles empleadores no justifican;

además, se identificaron casos de violencia psicológica por parte de jefes y compañeros, que no son denunciados por el miedo a perder sus empleos, aumentando la precariedad económica que recae sobre esta población" [374] .

9. El informe también llama la atención sobre cómo la situación de acoso laboral y restricciones en acceso a oportunidades laborales evidencian una situación estructural, que en este caso se manifiesta desde mucho antes de que la persona intente ingresar al mercado laboral. Para al Defensoría del Pueblo, "el acoso laboral y las restricciones en el acceso a oportunidades laborales, basados en la discriminación hacia identidades y expresiones de género, es la continuación de las agresiones físicas y verbales que reciben las personas con experiencia de vida trans durante la etapa escolar, lo cual las excluye de procesos de educación formal que requieren tanto en las entidades públicas como privadas para acceder a trabajos dignos, equitativos, justos y seguros." 10. Por otra parte, el "Diagnóstico y recomendaciones para la inclusión laboral de los sectores sociales LGBTI" , presentado en 2022 por la Secretaría Distrital de Planeación de la Alcaldía de Bogotá, el Programa de Promoción del Modelo de Empleo Inclusivo, el Centro Nacional de Consultoría, la Fundación Interra, la Fundación Corona, USAID Colombia, ACDI/VOCA Colombia y la Fundación Andi, evidencia también que esas dificultades en el ámbito laboral de sectores sociales LGBTI son estructurales, y van mucho más allá de la experiencia en el trabajo:

“Estas dificultades en las trayectorias de la educación hasta el empleo se generan debido a que existen barreras provocadas por diversos actores y situaciones. Principalmente, instituciones como las escuelas, las entidades de formación, las agencias de empleo o las empresas, generan barreras de acceso a sus servicios, limitando el pleno desarrollo de las personas.

Por las condiciones particulares de los sectores sociales LGBTI, las barreras inician muchas veces desde los entornos familiares, sea porque estos no proveen el apoyo necesario a las personas en sus procesos de acceso a educación y empleo, o porque es en la misma familia donde se reproducen patrones de exclusión, discriminación y violencias. En segundo lugar, están las barreras que refieren a comportamientos arraigados a nivel social. Si bien el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a servicios de salud o a la educación son derechos que deberían garantizarse a toda la población, existen patrones sociales arraigados en la comprensión heteronormativa de la realidad. Estos constituyen factores que potencian las brechas de empleabilidad que hoy en día tienen las personas LGBTI” [375] .

11. Esta situación evidencia la necesidad de reiterar lo que la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido en otras ocasiones: las personas trans enfrentan distintos obstáculos en el ámbito laboral por factores estructurales, entre ellos los prejuicios sociales sobre su identidad, lo que lleva a que no tengan las mismas oportunidades que las demás personas para acceder y permanecer en el mercado laboral [376] .

Así, aunque en esta ocasión la mayoría abordó la discriminación histórica enfrentada por las personas trans, considero importante poner de presente información actualizada que permita evidenciar que esa experiencia de discriminación sigue afectando a la población con identidad de género diversa.

Por ello, el caso de Daniela se enmarca en una situación estructural que históricamente ha puesto en desventaja a las personas trans frente al resto de la población, situación que debieron considerar los jueces en el marco del proceso laboral y del trámite constitucional para, a partir de allí, entender suficientemente probada la titularidad de la estabilidad laboral reforzada, al haber sido desvinculada por el solo hecho de ser una mujer trans.

3. El deber constitucional de respetar los pronombres como manifestación del derecho a la identidad de género 12. La Sentencia SU-067 de 2023 es valiosa, entre otras razones, porque reconoce que en este caso se comprometió gravemente el principio general de no discriminación, y destaca a las autoridades judiciales cuestionadas como parte de las fuentes de la discriminación injustificada que se estructuró en contra da Daniela. Reconoce también que la prohibición de discriminación es exigible a funcionarios judiciales, quienes deben garantizar que las personas con orientación de género y sexual diversas puedan acudir al aparato judicial sin temor a ser discriminadas y revictimizadas por los mismos jueces que tienen el deber de salvaguardar sus derechos.

13. La sentencia, además, resalta que el juez de primera instancia reprodujo sesgos de género contrarios a la dignidad humana, afectando el derecho de la accionante al acceso a la administración de justicia, y expone también que el interrogatorio en el proceso de primera instancia fue discriminatorio y prejuicioso. Pese a ello, la Sala Plena no abordó una conducta específica del juez que transgredió de los derechos de la accionante: su negativa a reconocer los pronombres de Daniela en las distintas etapas del proceso, refiriéndose a ella con pronombres masculinos, a pesar de conocer su experiencia de vida trans y la exigencia de la accionante de que se le reconociera con su identidad femenina.

14. Las personas con identidad de género diversa adelantan distintos procesos de reafirmación de su género. Esto implica la toma decisiones fundamentales asociadas, por ejemplo, a su nombre y a los pronombres bajo los cuales desean ser reconocidas. Tales decisiones son medidas encaminadas a establecer su individualidad y deben ser respetadas tanto por las autoridades públicas como por la sociedad, pues la identidad de género está vinculada estrechamente con la definición misma de la persona y, por ende, están celosamente protegidas por la Constitución Política [377] .

15. Esa salvaguarda se desarrolla también en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que ha establecido distintos estándares en materia de reconocimiento de la identidad de género, como lo es el trato digno acorde a la identidad de género auto percibida [378] . A propósito de ello, en el 2015 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos exaltó lo siguiente:

“La Comisión desea enfatizar que el derecho al reconocimiento de la propia identidad de género también implica el derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo con su identidad autopercibida. En términos prácticos, esto significa que ante la sola declaración de que una persona se autopercibe en un género determinado, surge el deber de tratar y referirse a esa persona conforme a dicha identidad. Es importante destacar que este deber ha de ser observado a todo efecto, sin que sea requisito, de manera alguna, que la persona haya rectificado su documentación. […] La Comisión identifica como una de las formas más comunes de ejercer violencia verbal, simbólica y

psicológica contra personas trans el uso malintencionado o deliberado de pronombres, sustantivos y adjetivos de un género distinto a aquel con el cual se identifica una persona trans para referirse a ella (práctica violenta que en inglés recibe el nombre de misgendering).

Este es un tipo de violencia que se ejerce con el fin de humillar y ultrajar a una persona con base en su identidad o expresión de género […] A su vez, el temor a sufrir esta violencia inhibe a muchas personas de concurrir a centros sanitarios y hospitales, a escuelas o instituciones educativas, a espacios de socialización, o a cualquier situación en la que pueda quedar expuesta a ella.

[…]" [379] . 16. El uso adecuado de los pronombres con los que una persona se identifica, especialmente en contextos legales y judiciales, es un aspecto crucial para garantizar el respeto a la manifestación de identidad de género de una persona y, en últimas, su dignidad. No se trata simplemente de un acto de cortesía y respeto, sino que es esencial para garantizar el pleno reconocimiento de las personas trans en la sociedad y en el sistema legal. Por ello, el uso inadecuado de pronombres es una afectación a la manifestación de identidad que suele derivarse de conductas discriminatorias y que transgrede gravemente el mandato constitucional de igualdad.

[380] No usar adecuadamente los pronombres con los que se identifica una persona con experiencia de vida tras es un acto abiertamente inconstitucional, que se torna especialmente reprochable cuando es ejercido por parte de una autoridad judicial.

17. De este modo, es necesario resaltar que los y las jueces están llamados a garantizar un servicio de administración de justicia seguro e imparcial para la población trans en Colombia. De ahí que estén en la obligación de conocer y respetar las diversas expresiones, orientaciones e identidades, todas amparadas por el ordenamiento jurídico colombiano y, en consecuencia, a ejercer la labor judicial con un enfoque que respete esos contenidos constitucionales. No como ocurrió en el caso de Daniela , quien fue sistemáticamente irrespetada al interior del proceso laboral al que ella legítimamente acudió y en donde sólo encontró un escenario más de discriminación.

4. La necesidad de hacer referencia a la despatologización de las identidades de género diversas al abordar el concepto de "disforia de género" 18.

La Sentencia SU-067 de 2023 menciona la disforia de género como parte del "diagnóstico" por el cual se consideró que le es aplicable a Daniela la estabilidad laboral reforzada. Así, desarrolló la incongruencia en los testimonios rendidos por médicos y compañeros de trabajo de la accionante sobre el diagnóstico y el efecto que tiene en la capacidad laboral de una persona.

Asimismo, abordó el concepto rendido por la Universidad de Antioquia, en el que se afirmó que "[n]o todas las personas con incongruencia de género o identidad trans experimentan disforia' En otras palabras, no todas las personas trans son diagnosticadas con disforia de género. Además, la 'disforia de género es un diagnóstico siquiátrico' que suele estar acompañado de un 'malestar clínicamente significativo y alteración del nivel de funcionalidad global del ser humano que lo experimenta" [381] .

La sentencia, en consecuencia, deja claro que la disforia de género es un diagnóstico psiquiátrico que no afecta a todas las personas trans y que puede generar efectos a nivel personal, familiar y laboral para quienes lo padecen.

19. Al respecto, estimo importante profundizar en el análisis para aclarar enfáticamente que, como lo ha señalado la Corte en su jurisprudencia, bajo ninguna circunstancia debe entenderse que la identidad de género trans está asociada a un trastorno psiquiátrico. Este análisis es necesario si se tiene en cuenta que históricamente se ha vinculado el tránsito de identidad a trastornos médicos por distintas razones, como prejuicios sociales y el hecho de que, en algunas ocasiones, la reafirmación de la identidad en personas trans puede requerir intervenciones médicas.

20. Por ello, considero que este pronunciamiento de la Sala debió ser especialmente estricto en afirmar que las identidades de género diversas deben alejarse de ser consideradas como una cuestión psiquiátrica. En este caso era necesario reiterar que la jurisprudencia constitucional se ha orientado hacia la despatologización de las identidades trans, lo cual se deriva de mandatos como la dignidad, la igualdad y no discriminación, entre muchos otros [382] .

21. Además, es pertinente señalar que, en el ámbito internacional de los derechos humanos, varios instrumentos y pronunciamientos han exigido al Estado despatologizar las identidades trans [383] .

Los principios de Yogyakarta, por ejemplo, como criterios orientadores para aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagran que " [n]inguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas" [384] .

22. Al desarrollar dicho principio, establece también que los Estados debe garantizar que " ningún tratamiento o consejería de índole médica o psicológica considere, explícita o implícitamente, la orientación sexual y la identidad de género como trastornos de la salud que han de ser tratados, curados o suprimidos" [385] .

A propósito de ello, el Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de la ONU señaló que "[…] l os diagnósticos de salud mental se han utilizado indebidamente para considerar como patologías determinadas identidades y otros tipos de diversidad […]. La patologización de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales equipara la identidad de estas personas a enfermedades, lo que agrava el estigma y la discriminación" [386] .

23. Asimismo, el Experto Independiente de la ONU señaló, en informe de 2018, por qué es tan problemática la patologización de personas trans. En sus palabras:

"[l]a patologización ha tenido un impacto profundo en las políticas públicas, la legislación y la doctrina jurídica, y de esa manera ha penetrado en todos los ámbitos de la acción estatal en todas las regiones del mundo y ha impregnado la conciencia colectiva. Erradicar de la vida cotidiana la concepción de algunas formas de género como una patología será un proceso largo y difícil, para lo cual el titular del mandado está convencido de que harán falta firmes medidas proactivas" [387] .

24. En suma, la patologización de identidades de género diversas puede llevar a reproducir la estigmatización y la discriminación de las personas trans. Por esta razón, y dado que este caso se abordaba la situación de una persona trans con un "diagnóstico de disforia de género que afectaba significativamente su desempeño laboral", considero necesario enfatizar en que (i) ello no puede llevar a entender que la identidad trans en sí misma está asociada a una condición médica y (ii) no todas las personas trans son diagnosticadas con disforia de género. En ese sentido, Daniela , aunque era titular de estabilidad laboral reforzada en razón del diagnóstico probado, lo era también por haber sido víctima de actos abiertamente discriminatorios, en razón del género, que dieron lugar, injustamente, a la finalización de su relación laboral y del desarrollo legítimo de su profesión como médica.

En los anteriores términos, dejo expuestas las razones en las que baso mi aclaración de voto a la Sentencia SU-067 de 2023. DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada [1] El expediente de la referencia fue escogido para revisión mediante auto del 19 de agosto de 2022, de la Sala de Selección Número Ocho, conformada por los magistrados Hernán Correa Carozo y Paola Andrea Meneses Mosquera, con fundamento en el criterio objetivo "exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental" y el criterio subjetivo "necesidad de materializar un enfoque diferencial" .

[2] Existe un universo de identidades de género que no son susceptibles de categorizaciones exhaustivas debido a que la significación de las categorías de género fluctúa constantemente ante la "posibilidad de ser revaluadas a partir de la experiencia personal y del discurso aceptado por el colectivo social" . La Corte Constitucional y la CIDH han clasificado las vivencias y experiencias, en función de su correspondencia con determinadas normas de género socialmente establecidas, en: (i) identidades "cisgénero";

(ii) identidades de género "diversas"; y (iii) identidades "ancestrales". Las identidades transgénero. El término trans es un término "paraguas" usado para describir las diferentes variantes de identidad de género de las personas cuya expresión no coincide con las identidades socialmente establecidas para el género o sexo del nacimiento. Dentro de esta categoría se encuentran, de un lado, las "femineidades trans" , que abarcan las vivencias de género de aquellas personas comúnmente conocidas como "mujeres trans", cuyo sexo al nacer fue masculino/hombre, pero su identidad "se inscribe en el ámbito de lo social y culturalmente construido, concebido y leído como femenino" . De otro lado, las "masculinidades trans" , con las que se identifican aquellas personas conocidas como "hombres trans", cuyo sexo al nacer es femenino/mujer, pero su identidad de género corresponde al ámbito de lo social y culturalmente construido, concebido y leído como masculino . Por último, las personas de identidad "no binaria" son aquellas que se identifican con vivencias que no se encuadran en lo social y culturalmente definido como femenino o masculino. Cfr.

Sentencia SU-440 de 2021. [3] En una de las intervenciones que presentó ante la Corte Constitucional, Daniela remitió copia de las resoluciones por medio de las cuales la Universidad Santiago de Cali le concedió "matrícula de honor – 1 puesto" .

Cfr. Memorial de intervención ante la Corte Constitucional del 10 de febrero de 2023, pp. 2 a 6. [4] Memorial de intervención ante la Corte Constitucional del 10 de febrero de 2023, p. 10.

[5] La accionante informó que el 25 de diciembre de 2022 radicó ante el Ministerio del Interior, en la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, la solicitud de reconocimiento como persona afrodescendiente. Cfr. Memoriales de intervención ante la Corte Constitucional del 21 de noviembre de 2022 y del 10 de febrero de 2023, pp. 12 y 10 y 11, respectivamente.

[6] La tutelante informó de la condición de salud de su madre, dentro de la que vale la pena resaltar episodios depresivos, trastornos de humor y trastornos afectivos bipolares . Memorial de intervención ante la Corte Constitucional del 10 de febrero de 2023, pp. 7 y 8 y documento “HISTORIA CLÍNICA PSIQUIÁTRICA ZOILA ROSA MORALES”, p. 2.

[7] Cfr. Demanda ordinaria laboral y la respectiva contestación ((Expediente ordinario laboral, fls. 60 y 112). [8] Demanda de tutela, p. 3. [9] Escrito de intervención del 10 de febrero de 2023, p. 8.

[10] Ib. [11] Ib. [12] Ib. [13] La accionante aportó un documento denominado “formulación post operatorio”, suscrito por el médico William Jiménez, quien, según la accionante, es el cirujano plástico titular de la Clínica General.

[14] Expediente ordinario laboral (historia clínica), fl. 249. [15] Expediente ordinario laboral, fl. 53. [16] Ib. [17] Ib. fl. 55. [18] Ib. fl. 57. Consulta posterior a la terminación de la relación laboral.

[19] Ib. [20] Ib. fls. 24 y 27. [21] Ib. fl. 32. [22] Ib. fls. 185 y 186. [23] Cfr. Ib. fls. 60. 69. [24] Ib. fl. 61. [25] Ib. fls. 242 a 248.

[26] Ib. fl. 303. [27] El Tribunal aceptó que en el expediente se probó una disfunción renal bilateral y de un trastorno depresivo , pero señaló que no se aportaron pruebas que permitan certeza de que el empleador sabía de estas patologías .

[28] Cfr. Expediente ordinario laboral, fl. 488. [29] Por “derivación”, se alegó la infracción de los artículos 5 y 26 de la Ley 361 de 1.997, 7° del Decreto 2463 de 2.001. Además, “correlativamente” se estimaron quebrantados los artículos 164, 165, 176 del Código General del Proceso, 31 del Código Civil, 145 del CPTSS, y 29, 53 y 230 de la Constitución Política.

[30] “correlativamente”, alegó violados los artículos 60 y 61 del CPTSS, 11 del CGP, 9, 13 y 2 del CST y 2, 13, 25, 29, 47, 53, 54 y 228 de la Constitución Política.

[31] Expediente ordinario laboral, fls. 496 y 497. [32] Ib. fl. 499. [33] Sentencias del 21 de abril y el 3 de junio de 2014, dictadas, respectivamente, por los juzgados Cuarto Civil Municipal de Palmira y Quinto Civil del Circuito de Palmira. Cfr. Expediente ordinario laboral, fls. 187 a 203.

[34] Informe de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, elaborado el 21 de noviembre de 2022. [35] Demanda de tutela, p. 4. [36] Ib.

[37] [38] Ib. p. 4. [39] Cfr. Demanda de tutela, p. 16. [40] Mediante auto del 14 de enero de 2022, el juez de tutela de primera instancia admitió la demanda.

[41] Escrito de intervención, p. 1. [42] Ib. p. 2. [43] El titular actual del Despacho informó que el juez que emitió el fallo acusado presentó renuncia al cargo.

[44] Escrito de intervención, p. 3. [45] Escrito de intervención, p. 2. [46] Ib. p 3. [47] Ib. p. 2. [48] Sentencia de primera instancia, p. 8.

[49] Ib. pp. 9 y 10. [50] Escrito de impugnación, p. 7. [51] En el fallo se lee: “Dicho operador de justicia no tuvo el cuidado suficiente para formular sus preguntas a los terceros deponentes, y ello, sin duda, provocó en su momento una afectación a los derechos de la ahora quejosa, quien con toda la razón ha pregonado en esta especialísima senda haber recibido un trato ofensivo en la prenotada diligencia judicial. No es tolerable para esta Corporación tan abierta falta al deber de respeto hacia las partes contendientes, el cual le asiste a todo fallador.” Cfr. Sentencia de segunda instancia, p. 10.

[52] Sentencia de segunda instancia, p. 8. [53] Ib. [54] Ib. [55] Ib. p. 9. [56] En auto del 9 de noviembre de 2022, se dispuso: “ OCTAVO . Por medio de la Secretaría General, OFICIAR a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que, en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir del recibo de la presente providencia, le informe a este Despacho si ha sido notificado de la solicitud presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por parte de Daniela (…); y, en caso de ser afirmativa la respuesta, remita los documentos enviados con destino al proceso surtido ante el referido ente internacional” .

[57] En auto del 9 de noviembre de 2022, se dispuso: “ SEGUNDO. Por medio de la Secretaría General, OFICIAR a la EPS Coomeva en Liquidación y a Coomeva Medicina Prepagada, para que, en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del recibo de la presente providencia, remita a este Despacho: (i) copia de la historia clínica de Daniela (…); (ii) copia de las incapacidades reconocidas a la ciudadana antes referida; y (iii) los demás documentos clínicos que estime relevantes” .

[58] Ib. [59] En auto del 9 de noviembre de 2022, se dispuso: “ SÉPTIMO. Por medio de la Secretaría General, OFICIAR a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial del Valle del Cauca, para que, en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir del recibo de la presente providencia, le informe a este Despacho el estado del proceso disciplinario surtido en contra de Héctor Hugo Bravo, juez

segundo laboral del Circuito de Palmira, ocasionado, al parecer, por la compulsa de copias que hiciere el Tribunal Superior de Buga, ante la posible configuración de conductas discriminatorias en contra de Daniela (…)” .

[60] En auto del 9 de noviembre de 2022, se dispuso: “ NOVENO. Por medio de la Secretaría General, OFICIAR a la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que, en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir del recibo de la presente providencia, remita el expediente digital completo de la acción de tutela de la referencia, (…), en el que funge como accionada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y como accionante, la ciudadana Daniela (…)” .

[61] En auto del 9 de noviembre de 2022, se dispuso: “ SEXTO. Por medio de la Secretaría General, OFICIAR a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, para que, en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir del recibo de la presente providencia, remita a este Despacho copia de la historia clínica de Daniela (…)” .

[62] En auto del 9 de noviembre de 2022, se dispuso: “ TERCERO. Por medio de la Secretaría General, OFICIAR a la ciudadana Daniela, para que, en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir del recibo de la presente providencia, le informe a este Despacho: (i) cuál es su estado actual de salud;

(ii) si recibió algún tipo de indemnización al momento de la terminación del contrato de trabajo; (iii) en qué consistieron los actos de “burla y bullying” a los que fue sometida, particularmente, los referidos en el numeral 11 de los hechos de la demanda de tutela; (iv) en qué consistieron los actos de “represalias de acoso” a los que fue sometida, particularmente, los que menciona en el numeral 13 de los hechos de la demanda de tutela; y (v) cuál es el estado actual de la solicitud que elevó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Adicionalmente, OFICIAR a la mencionada ciudadana, para que remita a este Despacho copia de: (vi) sus antecedentes médicos y los documentos clínicos que considere relevantes; (vii) prueba de las incapacidades y comunicaciones que radicó ante su otrora empleador; y (viii) el concepto al que se refiere en el numeral 60 de los hechos de la demanda de amparo de la referencia” .

[63] Segundo escrito de intervención, p. 10. [64] En auto del 9 de noviembre de 2022, se dispuso: “ CUARTO. Por medio de la Secretaría General, OFICIAR a la Sociedad Global, para que, en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir del recibo de la presente providencia, le informe a este Despacho: (i) las causas de terminación de la relación laboral que tenía con Daniela (…); (ii) si la referida trabajadora tuvo llamados de atención o procesos disciplinarios documentados; (iii) cuáles fueron las áreas o dependencias en las que trabajó la médica [tutelante] y cuáles eran las razones por las que ella fue trasladada entre las dependencias de cirugía ortopédica, urgencias y hospitalización durante el año 2012, luego de que iniciara el proceso de transición de género; (iv) cuáles son los criterios con los que se determinaba, entre los años 2011 y 2014, la asignación de turnos nocturnos y la distribución de días de descanso del personal médico de la [Clínica General] de la Ciudad de Palmira; (v) si se realizaron los exámenes de retiro de la mencionada trabajadora y, de no haberse practicado, las razones por las que los mismos no se llevaron a cabo; y (vi) si entre los años 2011 y 2014 se terminaron unilateralmente otros contratos de trabajo del personal médico de la [Clínica General] y, de ser afirmativa la respuesta, cuántos y cuáles fueron las razones de tales terminaciones unilaterales. // QUINTO . Por medio de la Secretaría General, OFICIAR a la Sociedad Global, para que, en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir del recibo de la presente providencia, remita a este Despacho copia de: (i) el expediente laboral de Daniela (…) y, de ser el caso, los llamados de atención que se le efectuaron y los procesos disciplinarios adelantados en su contra; (ii) las incapacidades clínicas de la accionante; (iii) si fueron practicados, los resultados de los exámenes médicos de retiro de la tutelante; (iv) la respuesta a la solicitud que Daniela asegura haber radicado ante el director médico de la [Clínica General], informando su diagnóstico de insuficiencia renal, relacionada en el numeral 14 de los hechos de la demanda de amparo de la referencia; y (v) los manuales y directrices de funciones y tareas del personal médico vigentes entre los años 2011 y 2014, particularmente, el de los profesionales que la Unidad de Cuidados Intensivos de la [Clínica General] de la Ciudad de Palmira, así como el de los otros establecimientos, sucursales o agencias registrados ante la Cámara de Comercio de Cali.” .

[65] En los autos del 9 de noviembre de 2022 y el 7 de febrero de 2023, se dispuso la notificación al correo electrónico reportado en el certificado de tradición y libertad aportado al expediente ordinario laboral y, adicionalmente, a la dirección física actual de la empresa.

Adicionalmente, en auto del 8 de febrero de 2023, se ordenó la notificación de las actuaciones al correo personal de la apoderada de la sociedad.

[66] En auto del 9 de noviembre de 2022, se dispuso: “ DÉCIMO. Por medio de la Secretaría General, OFICIAR a las facultades de medicina de las universidades Nacional, de Antioquia y de los Andes , para que si a bien lo tienen, dentro del término de diez (10) días, contados a partir del recibo de la presente providencia, le informen al Despacho: (i) en qué consiste la disforia de género y cuáles son las principales consecuencias de esta en la vida de una persona; (ii) si la disforia de género puede estar asociada con cuadros de depresión y

cuáles son las consecuencias de estos y aquella en la vida laboral de una persona; y (iii) en qué consiste la insuficiencia renal crónica y cuáles son las principales consecuencias de esta en la vida de una persona".

[67] Se presentó un concepto conjunto del Grupos de Acciones Públicas (Gapi) y el Observatorio para la Equidad de las Mujeres (Oem). [68] Se presentaron dos conceptos: uno del Semillero de Investigación Trabajo y Derecho (SITD) y otro del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS).

[69] La Corte Constitucional les pidió a varios intervinientes que se pronunciaran sobre las siguientes tres temáticas: (i) relaciones laborales en las que están involucradas personas transgénero;

(ii) enfoque diferencial y alcance de la estabilidad laboral reforzada para las personas transgénero; y (iii) experiencias internacionales y estándares de derechos humanos aplicables al reconocimiento, garantía y protección de los derechos laborales de la población transgénero.

[70] Regulado en el inciso 1º del artículo 64 del Acuerdo 2 de 2015. [71] Cfr., sentencias SU-572 de 2019, SU-566 de 2019, SU-454 de 2019, SU-020 de 2020 y SU-388 de 2022.

[72] (i) Que se acredite legitimación en la causa; (ii) que no se cuestione una sentencia de tutela –salvo casos excepcionales–; (iii) que se acredite una carga suficiente de motivación en cuanto al cumplimiento de las exigencias de procedibilidad y en cuanto a los presuntos defectos de que adolece la providencia que se cuestiona;

(iv) que se acredite un ejercicio oportuno –inmediatez–; (v) que se cumpla la exigencia de subsidiariedad, en cuanto a que se agotaron todos los medios de defensa judiciales disponibles para cuestionar los presuntos defectos de que adolece la providencia; y (vi) que se justifique la relevancia constitucional del cuestionamiento y, por tanto, el carácter decisivo de las irregularidades que se alegan, en cuanto a la previsible modificación sustancial del sentido de la providencia que se cuestiona.

[73] Esto es, si la providencia adolece de un defecto (cfr., de manera general, la sentencia C-590 de 2005) material o sustantivo (cfr., entre muchas otras, las sentencias SU-448 de 2011, SU-424 de 2012, SU-132 de 2013, SU-230 de 2015, SU-116 de 2018 y SU-060 de 2021), fáctico (cfr., entre muchas otras, las sentencias SU-159 de 2002, SU-226 de 2013, T-385 de 2018 y SU-405 de 2021), procedimental (cfr., entre muchas otras, las sentencias SU-173 de 2015, SU-215 de 2016 y SU-041 de 2018), orgánico (cfr., entre otras, las sentencias T-929 de 2008, SU-447 de 2011, SU-770 de 2014, SU-210 de 2017 y SU-050 de 2018), error inducido (cfr., entre otras, las sentencias T-863 y SU-917 de 2013 y SU-261 de 2021), decisión sin motivación (cfr., entre otras, las sentencias T-709 de 2010, SU-424 de 2012, SU-770 de 2014 y SU-349 de 2022), desconocimiento del precedente (cfr., entre muchas otras, las sentencias C-083 de 1995, C-836 de 2001, C-634 de 2011, C-816 de 2011, C-818 de 2011, C-588 de 2012, SU-023 de 2018, T-082 de 2018, SU-445 de 2019, SU-474 de 2020 y SU-297 de 2021) o violación directa de la Constitución (cfr., entre muchas otras, las sentencias SU-195 de 2012, SU-132 de 2013, SU-168 de 2017, SU-024, SU-069 y SU-098 de 2018).

[74] Cfr., las sentencias SU-050 de 2018, SU-573 de 2017, SU-050 de 2017 y SU-917 de 2010. [75] En relación con este requisito, el inciso 1º del artículo 1 (de manera general), los artículos 5 e inciso 1º del 13 (en cuanto a la legitimación por pasiva) y el artículo 10 (en cuanto a la legitimación por activa) del Decreto 2591 de 1991, respectivamente, disponen:

"Artículo 1. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este Decreto" ;

"Artículo 5. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo lll de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito" ;

"Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior" ;

“Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. || También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud” .

[76] En la sentencia SU-080 de 2020, en relación con la sentencia C-590 de 2005, se dijo que este requisito se acredita siempre: “Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[54]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos (…)” .

[77] Sentencia SU-499 de 2016 . La Corte Constitucional ha indicado que en algunos casos 6 meses puede ser un término razonable y, en otros, 2 años puede ser el plazo límite para su ejercicio. Entre otras, cfr., las sentencias T-328 de 2010, T-860 de 2011 y T-246 de 2015. La exigencia de razonabilidad, según la jurisprudencia constitucional, es más estricta en caso de que la actuación que se cuestione en sede de tutela sea una providencia judicial (cfr., sentencias C-590 de 2005, T-594 de 2008, T-265 de 2015 y SU-184 de 2019).

La sentencia SU-439 de 2017 reiteró el precedente señalado en la sentencia SU-961 de 1999, según el cual el término prudencial de interposición de la tutela implica:

“cierta proximidad y consecuencia de los hechos que se dicen violatorios de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional” . En la sentencia SU-427 de 2016, al hacer referencia, de manera general, al alcance que la jurisprudencia constitucional le ha otorgado al requisito de inmediatez, indicó:

“7.6. Ahora, si bien la Constitución y la ley no establecen un término expreso de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de un derecho fundamental, este Tribunal, en varias providencias, ha sostenido que ante la inexistencia de un término definido, en algunos casos se ha considerado que el plazo oportuno es de seis meses, luego de lo cual podría declararse la improcedencia de la tutela, a menos que, atendiendo a las particularidades del caso sometido a revisión, se encuentren circunstancias que justifiquen la inactividad del accionante107. En esas hipótesis, por ejemplo, se ha llegado a considerar que, bajo ciertos supuestos, un término de dos años puede llegar a ser considerado razonable108” .

En el primer pie de página de la providencia en cita, se hace referencia, además, a lo señalado en las sentencias T-328 de 2010 y T-1063 de 2012. En la sentencia SU-355 de 2020, en relación con esta exigencia se dijo:

“el elemento de la inmediatez como criterio general de procedencia resulta particularmente relevante, ya que se trata de una exigencia que contribuye a garantizar la esencia misma de la cosa juzgada al interior del ordenamiento jurídico y de los principios antes invocados” . Además, según lo ha precisado la Sala Plena (cfr., la sentencia SU-072 de 2018) la revisión debe ser mucho más exigente si se trata de decisiones de las altas cortes, dado su carácter excepcional .

[78] Edicto fijado el 15 de julio de 2017. Cfr. Expediente ordinario laboral, fl. 505. [79] Acta de reparto. Cfr. Escrito de intervención que presentó Daniela el 21 de noviembre de 2022, p. 30.

[80] En la sentencia C-590 de 2005, se dijo que en virtud de este requisito: “el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes” .

[81] El fallo tiene como antecedentes las sentencias T-248 y T-422 del año 2018. Estas providencias judiciales sistematizaron y dieron alcance a algunos criterios expuestos en las sentencias T-335 de 2000, T-102 de 2006, T-1044 de 2007, T-658 de 2008, T-505 de 2009, T-610 de 2009, T-896 de 2010, T-040 de 2011, T-338 de 2012, T-512 de 2012, T-543 de 2012, T-1061 de 2012, T-931 de 2013, T-182 de 2014 y T-406 de 2014.

[82] La doctora Diana Constanza Rivera Fajardo salvó el voto. [83] Sentencia SU-573 de 2019. [84] Corte Constitucional, sentencias SU-128 de 2021 y SU-103 de 2022. La Corte Constitucional ha entendido que, en virtud del principio “ nemo auditur propriam turpitudinem allegans ”, carece de relevancia constitucional la solicitud de amparo que pretenda la protección de derechos fundamentales, cuya presunta vulneración haya sido consecuencia de un comportamiento negligente u omisivo del accionante en el proceso judicial.

[85] Cfr. Sentencias T-241A- de 2022 y T-010 de 2023. [86] En ese mismo sentido se pronunció la Universidad de los Andes. [87] Escrito de intervención en primera instancia, p. 1.

[88] Expediente ordinario laboral, fl. 61. [89] Cfr. Sentencias T-1100 de 2008, T-781 de 2011, SU.842 de 2013, T-764 de 2014, T-463 de 2016, T-145 de 2017, T-275 de 2018, T-107 de 2019, SU-462 de 2020, SU-129 de 2021 y SU-259 de 2021.

[90] Sentencia SU-349 de 2022. [91] Sentencia SU-349 de 2022. [92] Sentencia T-476 de 2019. [93] Cfr. Sentencia SU-022 de 2023. [94] Cfr. Sentencia T-401 de 2020.

[95] Cfr. Sentencia SU-062 de 2018. [96] Cfr. Sentencia SU-126 de 2022. [97] Demanda de tutela, p. 49. [98] Ib. p. 47. [99] Escrito de intervención, p. 2.

[100] Ib. [101] Cfr. Sentencia SU-150 de 2021. [102] Cfr. Sentencias T-554 de 2003 y T-296 de 2006. [103] La Corte ha considerado que tal omisión es lesiva de los derechos fundamentales en casos homologables en los que se cuestionó la idoneidad de las pruebas periciales, por ejemplo, en las sentencias T-274 de 2012, y SU-686 de 2015.

[104] Declaración del testigo Carlos Arturo Solís. Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado “09AudienciadepracticadePruebas”, minuto 10:20.

[105] Ib. Minuto 10:05. [106] Declaración del testigo Carlos Arturo Solís. Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado “09AudienciadepracticadePruebas”, minuto 13:19.

[107] Escrito de intervención. p. 2. [108] Ib. [109] Ib. [110] Ib. p. 5. [111] Ib. [112] Declaración del testigo Juan Rafael Morón. Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado “09AudienciadepracticadePruebas”, minuto 48:48.

[113] Declaración del testigo Yesenia Roldán. Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado “09AudienciadepracticadePruebas”, minuto 24:18.

[114] Ib. Minuto 23:33. [115] Ib. Minuto 23:23. [116] Ib. Minuto 23:44. [117] Ib. Minuto 52:43. [118] Escrito de intervención, p. 5. [119] Declaración del testigo Yesenia Roldán.

Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado “09AudienciadepracticadePruebas”, minuto 41:15. [120] Declaración del testigo Johana Andrea Quijano.

Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado “09AudienciadepracticadePruebas”, minuto 42:14. [121] Ib. Minuto 47:15. [122] Ib. Minuto 47:30.

[123] Audiencia de fallo de segunda instancia. Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado “15AUdioVideoSegundaInstancia”. Minuto 28:29.

[124] Cfr. Expediente ordinario laboral, fl. 303. [125] Sentencia T-417 de 2008. [126] CPTSS, art. 61. [127] La norma remite al Código Judicial. Sin embargo, esa remisión hoy se entiende al CGP.

Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencias de los procesos SL9779-2014, AL3836-2018, AL3480-2021 y AL103-2021, entre otras.

[128] Sentencia SU-129 de 2021. [129] https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/modulo_pruebas_cgp.pdf (págs. 156 y ss).

[130] Cfr. Sentencias C-144 de 2010 y T-503 de 2011. [131] Cfr. Sentencia T-967 de 2014, T-126 y T-462 de 2018 y SU-048, SU-349 y T-400 de 2022.

[132] Cfr. Sentencia T-235 de 2011. [133] Cfr. Sentencias T-918 de 2012, T-063 de 2015, SU-440 de 2021 y T-310 de 2022. [134] Declaración del testigo Yesenia Roldán.

Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado “09AudienciadepracticadePruebas”, minuto 23:23. [135] Ib. [136] Ib. Minuto 23:35. [137] Ib. Minuto 25:55.

[138] Ib. Minuto 26:02 a 27:05. [139] Cfr. Ricardo de la Espriella Guerrero, Homofobia y siquiatría. Revista Colombiana de Siquiatría Vol. XXXVI (num. 4).

Asociación Colombiana de Psiquiatría. Bogotá, Colombia. 2007. pp. 718-735. [140] Declaración del testigo Johana Andrea Quijano. Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado “09AudienciadepracticadePruebas”, minuto 47:00.

[141] Declaración del testigo Juan Rafael Morón. Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado “09AudienciadepracticadePruebas”, minuto 50:27.

[142] Ib. Minuto 50:41. [143] Ib. Minuto 50:41. [144] Ib. Minuto 51:40. [145] Ib. Minuto 53:07 a 55:40. [146] Ib. Minuto 55:50. [147] Expediente ordinario laboral, fl. 303.

[148] Pp. 5 y 6. [149] https://dle.rae.es/marica . [150] Cfr. Alexander Ramírez, Construyendo identidades gais por medio del habla rosa en Santiago de Cali.

Revista la Manzana de la Discordia No. 15 (Vol. 2). Universidad del Valle. Cali, Colombia. 2020. pp. 1-29. [151] Sobre discriminación a las mujeres trans que se dedican al trabajo sexual, Cfr. Sentencias T-594 de 2016 y T-310 de 2022.

[152] En la demanda de tutela se lee: “Para contextualizar al despacho cuando el juez Héctor Hugo Bravo se refiere a los «muchachas o muchachos Maricas o gays» de la Cámara de Comercio. Se refiere a que esa zona de la ciudad de Palmira Valle del Cauca es de amplio conocimiento que se ha constituido en un lugar de «tolerancia»

donde un grupo de personas transgénero y travestis ofrecen sus servicios sexuales (…)” Pág. 16. [153] Ver RTVC, Sistema de Medios Públicos. ¿Putas o peluqueras? Más allá del estigma (contenido visual). Allí no solo se da cuenta del estigma que tienen que afrontar las mujeres transgénero, sino que también se presentan testimonios de abogadas, modelos e, incluso, de una candidata al Senado de la República. Disponible en este link Web:

https://www.rtvcplay.co/peliculas-documentales/putas-o-peluqueras-mas-alla-del-estigma . [154] Escrito de intervención Universidad Libre, p. 3.

[155] Escrito de intervención Universidad Icesi, p. 4. [156] Expediente ordinario laboral, fl. 303. [157] Corte Constitucional, sentencia T-675 de 2017. Ver también, Corte Constitucional, sentencias T-447 de 1995, SU-337 de 1999, T-476 de 2014, T-063 de 2015, T-099 de 2015, T-192 de 2020, T-236 de 2020 y SU-440 de 2021.

[158] Corte Constitucional, sentencia T-594 de 1993. Ver también, Corte Constitucional, sentencias T-062 de 2011, T-565 de 2013 y T-335 de 2019.

[159] La Corte Constitucional ha precisado que “ es difícil encontrar un aspecto más estrechamente relacionado con la definición ontológica de la persona que el género y la inclinación sexual. Por ende, toda interferencia o direccionamiento en ese sentido es un grave atentado a su integridad y dignidad, pues se le estaría privando de la competencia para definir asuntos que a él solo conciernen ”. Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2011. Ver también Corte Constitucional, sentencias T-063 de 2015, T-099 de 2015, T-077 de 2016, T-675 de 2017 y T-236 de 2020.

[160] Corte Constitucional, sentencia T-447 de 1995. [161] Véanse, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos (CDH) 17/19, 14 de julio de 2011, y 27/32, 2 de octubre de 2014; en similar sentido ver CDH, Resoluciones A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 21, 78 y 79, A/HRC/29/33/Add.1, 1 de mayo de 2015, párr. 86, 88 y 111, lit. q. Cfr. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), resolución 69/182, 30 de enero de 2015; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), observación general núm. 20, 2 de julio de 2009, párr.

27; PIDESC, observación general núm. 22, 2 de mayo de 2016, párrs. 23 y 40; Comité de los Derechos del Niño (CDN), observación general núm. 15,17 de abril de 2013, párr. 8; CDN, observación general núm. 20, 6 de diciembre de 2016, párrs. 33 y 34; Comité contra la Tortura, observación general núm. 2, de 24 de enero de 2008, párr. 21; CDH, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Kuwait (CCPR/C/KWT/CO/3), 11 de agosto de 2016 párrs. 12 y 13; y CDH, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Federación de Rusia (CCPR/C/RUS/CO/7), 28 de abril de 2015, párr. 10.

[162] Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de la ONU. El derecho de la inclusión. Informe temático del año 2021, A/HRC/47/27, 3 de junio de 2021, párr. 43. Disponible en:

https://undocs.org/es/A/HRC/47/27. [163] Corte Constitucional, sentencia T-562 de 2013. [164] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, 7 de agosto de 2020, párr. 67.

[165] Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de la ONU.

El derecho de la inclusión. Informe temático del año 2021, A/HRC/47/27, 3 de junio de 2021, párr. 13. Disponible en: https://undocs.org/es/A/HRC/47/27.

Ver también, Corte Constitucional, sentencias T-804 de 2014 y T-443 de 2020; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), recomendación general No. 28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5, relativa al artículo 2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

[166] Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007, Preámbulo.

La Corte Constitucional ha adoptado esta definición de la identidad de género, en entre otras, las siguientes decisiones: T-804 de 2014, T-063 de 2015, T-099 de 2015, T-077 de 2016 y T-363 de 2016.

[167] Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de la ONU. El derecho de la inclusión. Informe temático del año 2021, A/HRC/47/27, 3 de junio de 2021. Disponible en:

https://undocs.org/es/A/HRC/47/27 . Ver también, CIDH, Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI, Algunas precisiones y términos relevantes. Disponible en:

http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp . Ver también Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2020, salvamento de voto de la magistrada Diana Fajardo.

[168] La Corte constitucional ha precisado que en el derecho a la identidad de género concurren los siguientes contenidos: (i) proscribir toda intervención en la autonomía del sujeto en la definición de la identidad y orientación sexual; (ii) proteger a las personas, particularmente aquellas que pertenecen a minorías de identidad u orientación sexual, de tratamientos discriminatorios injustificados; (iii) prohibir toda forma de sanción o restricción que pretenda cuestionar o direccionar la opción de identidad u orientación sexual del sujeto. Corte Constitucional, sentencia T-565 de 2013.

[169] Ib. [170] Corte Constitucional, sentencias T-314 de 2011, T-478 de 2015 y T-363 de 2016. [171] Corte Constitucional, sentencias T-909 de 2011, T-562 de 2013, T-565 de 2013, T-804 de 2014, T-099 de 2015, T-363 de 2016, T-030 de 2017, T-392 de 2017, T-143 de 2018 y T-335 de 2019.

[172] Corte Constitucional, sentencias C-371 de 2000 y C-963 de 2003. “ Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que ‘i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad’ ”.

[173] Corte IDH, caso “ Duque contra Colombia ”, sentencia del 26 de febrero de 2016. Ver también, Corte IDH, caso “ Flor Freire Vs. Ecuador ”, sentencia del 31 de agosto de 2016 y caso “ Vicky Hernández y otras contra Honduras ”, sentencia del 26 de marzo de 2021.

[174] Corte Constitucional, sentencias T-314 de 2011 y T-335 de 2019. [175] Corte Constitucional, sentencias T-099 de 2015 y T-675 de 2017. [176] PIDESC, Observación General No. 20, , 2 de julio de 2009, núm.12. “ Discriminación sistémica. El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros ”. Ver también, Corte Constitucional, sentencias T-099 de 2015, C-584 de 2015 y T-077 de 2016.

[177] Corte Constitucional, sentencia C-117 de 2018. “ La discriminación interseccional o múltiple se refiere a las diferentes categorías que pueden acentuar una situación de discriminación, como, por ejemplo, raza, etnia, religión o creencia, estatus socioeconómico, discapacidad, edad, clase y orientación sexual ”.

[178] Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de la ONU. El derecho de la inclusión. Informe temático del año 2021, A/HRC/47/27, 3 de junio de 2021, párr. 29.

https://undocs.org/es/A/HRC/47/27 . [179] CIDH, Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, 7 de agosto de 2020, párr. 58.

[180] Corte Constitucional, sentencias T-086 de 2014, T-141 de 2015 y T-363 de 2016. [181] Corte Constitucional, sentencia T-363 de 2016. [182] Corte Constitucional, sentencia T-363 de 2016.

[183] Corte Constitucional, sentencia T-099 de 2015. Cfr. CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 12 de noviembre de 2015, pár. 213.

[184] Corte Constitucional, sentencia T-143 de 2018. [185] Corte Constitucional, sentencia T-030 de 2017. Ver también, Corte Constitucional, sentencia T-804 de 2014.

[186] Corte Constitucional, sentencia T-363 de 2016. [187] CIDH. Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, 7 de agosto de 2020, párr. 236.

[188] Corte Constitucional, sentencias T-141 de 2015 y T-143 de 2018. [189] Corte Constitucional, sentencia T-192 de 2020. [190] Cfr. Sentencia C-893 de 2001.

[191] Al respecto y frente a las excepciones, Cfr. C-156 de 2020. [192] Cfr. Sentencia C-193 de 2020. [193] Sentencia C-552 de 2001. [194] Cfr. Sentencia C-1195 de 2001.

[195] Cfr. Sentencia T-553 de 2011. [196] Cfr. Sentencia C-828 de 2002. [197] Cfr. Ley 270 de 1996, art. 125, y Sentencia C-037 de 1996. [198] Cfr. Sentencia C-392 de 2000.

[199] Sentencia T-954 de 2006. [200] Cfr. Auto 006 de 2009 y sentencias T-661 de 2016 y T-451 de 2019. [201] Cfr. Sentencia C-069 de 2016. [202] Cfr. Auto 098 de 2013 y Sentencia T-439 de 2020.

[203] Cfr. Auto 234 de 2013 y Sentencia T-010 de 2015. [204] Cfr. Sentencias T-241 de 2016, T-590 y SU-677 de 2017, T-126 y T-462 de 2018, T-486 y T-093 de 2019 y SU-020 y SU-048 de 2022.

[205] Cfr. Sentencia C-233 de 2021. [206] Cfr. Sentencia C-881 de 2002. [207] Cfr. Sentencia C-336 de 2008. [208] Ib. [209] Cantini Jorge Ernesto, et. al.

, Disforia de género. Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud y Edita Ediciones. Bogotá, Colombia. 2021. p. XXI. [210] Cfr. Op. Cit. La disforia de género desde la experiencia familiar . pp. XXVII a XLIII [211] Cfr. Op. Cit.

Género, expresión e imagen y Disforia de género y siquiatría . pp. 29 a 52. [212] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso El Campo Algodonero Vs. México , Sentencia del 16 de noviembre de 2009, p. 102 (fj.

401). [213] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica , Sentencia del 28 de noviembre de 2012, p.

95 (fj. 302). [214] Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vicky Hernández vs. Honduras (2021); y CIDH, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América . Informes Temáticos.

Washington D.C., USA. [215] Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 7); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2.); Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 1.1); Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para asegurar los Derechos Económicos Sociales y Culturales (Art. 3); Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 14); y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 2).

[216] Se excluyen los asuntos sobre seguridad social y salud. Sobre el particular, se puede consultar el Caso Duque Vs. Colombia (2016) y la Opinión Consultiva 24 de 2017, ambos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También la Observación general No 18 de 2006 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Igualmente, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre asuntos pensionales (SU-440 de 2021), por otro lado, ha resuelto casos sobre la exigencia de libreta militar para acceder al sistema laboral (T-476 de 2014 y T-099 de 2015) e, igualmente, ha dictado sentencias en casos en los que los accionantes cuestionan la orden del empleador de utilizar un uniforme de trabajo que no corresponde con la identidad de género (T-492 de 2011 y T-143 de 2018). Igualmente, refiriéndose a la orientación sexual diversa, el Tribunal ha proferido importantes fallos sobre aspectos pensionales (C-336 de 2008) y prestacionales (C-415 de 2022) . En temas de salud la línea jurisprudencial es profusa, como lo muestra las sentencias T-421 de 2020 y T-218 de 2022.

[217] Artículo 2. [218] Adoptada en la reunión 86 de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998) y enmendada en la reunión 110 de la Conferencia Internacional del Trabajo (2022).

[219] Artículo 1.1. [220] Artículo 1.2. [221] Artículo 4. No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.

[222] Sentencia T-143 de 2018. [223] Sentencia T-099 de 2015. [224] Sentencia T-236 de 2020. [225] Sentencia T-077 de 2016. [226] ONU, Human Rights, Office of the High Commissioner.

Hacer frente a la discriminación contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales. Normas de Conducta para las Empresas . 2017.

[227] Las bases generales del programa se pueden consultar en: https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/promocion/empresas-organizaciones-sindicatos-y-derechos-humanos-lgbtiq .

[228] Cfr. Intervención Universidad Pontificia Bolivariana, pp. 8 y 9. [229] Ib. [230] Ib. pp. 8, 9 y 14. [231] Cfr. Intervención Universidad Icesi, pp. 6 y 7.

[232] Gerald Bostock es un hombre gay que trabajaba para el condado de Clayton, en Georgia, como coordinador de servicios de bienestar infantil. Estuvo vinculado con la entidad por diez años, aproximadamente, durante los cuales fue calificado satisfactoriamente y recibió varias distinciones. No obstante, luego de afiliarse a la”liga gay de softball recreativo”, fue despedido del trabajo con el argumento de que realizó una conducta impropia como empleado.

[233] Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Bostock Vs. Clayton County, Georgia, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit. Argued October 8, 2019 - Decided June 15, 2020.

[234] Traducción libre. El texto original dice: “Today, we must decide whether an employer can fire someone simply for being homosexual or transgender. The answer is clear. An employer who fires an individual for being homosexual or transgender fires that person for traits or actions it would not have questioned in members of a different sex. Sex plays a necessary and undisguisable role in the decision, exactly what Title VII forbids” Cfr.

Op. Cit. 253. p. 2 . [235] Cfr. Caso Lagos del Campo Vs. Perú (2017), pp. 42 y ss. [236] Observación General No. 18 “El derecho al Trabajo”. Doc.

E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005. [237] Así lo señaló la Universidad Icesi con fundamento en información estadística generada por el Departamento Nacional de Estadística y la CIDH.

[238] Cfr. Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá, et. al. Diagnóstico y Recomendaciones para la Inclusión Laboral de los Sectores Sociales Lgbti.

Allí se mencionaron cuatro tipos de barreras: 1. Barreras Transversales, 2. Barreras en el tramo de educación básica, secundaria, media y posmedia, 3. Barreras en el tramo de intermediación laboral y 4.

Barreras en el tramo de empleo. [239] Cfr. Alexander Pérez Álvarez, et. al. Raros… y oficios Diversidad sexual y mundo laboral: discriminación y exclusión.

Escuela Nacional Sindical & Corporación Caribe Afirmativo. 2013. [240] CIDH, Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos . Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Washington, USA. 2019. párr. 383; y también Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Washington, USA. 2020. pp.109 a 132. [241] Intervención de la Universidad Libre, p. 4. [242] Intervención de la Universidad Icesi, p. 3. [243] Intervención de la Universidad Eafit, p. 1 y 2.

[244] Cfr. Sentencias T-054 de 2009, T-146 de 2010, T-314 y T-863 de 2011, T-552, T-562 y T-771 de 2013, T-476 y T-804 de 2014, T-009, T-063, T-141, T-371 y T-462 de 2015, T-077 y T-283 de 2016, SU-047, T-392 y T-498 de 2017, SU-075, T-143 y T-239 de 2018, T-447 de 2019, T-050, T-191, T-236, T-263, T-362, T-438 y T-441 de 2020, T-231 y SU-440 de 2021 y T-033, T-171, T-218 y T-310 de 2022.

[245] Sentencia SU-236 de 2022. [246] Cfr. Sentencias T-392 de 2017 y T-620 de 2019. [247] Sentencia T-152 de 2017. [248] Cfr. Sentencia C-086 de 2016.

[249] Sentencia SU-129 de 2021. [250] Ib. [251] Sobre los estándares de prueba, Cfr. Michel Taruffo, La prueba (Td. Laura Manríquez y Jordi Ferrer).

Marcial Pons. Barcelona, España. 2008. Pp.137 a 139. [252] Cfr. Sentencias del 3 de julio y 3 de diciembre de 2019 (SL4050-2019 y SL5289-2019) y del 22 de julio de 2020 (SL2686-2020).

[253] Cfr. Sentencias C-332 de 2017 y T-362 de 2020. [254] Recientemente (SU-449 de 2020), la Corte Constitucional señaló que las causas de terminación del contrato de trabajo se pueden clasificar en causas objetivas y causas voluntarias. Las primeras están previstas en el artículo 61 del CST y tienen ocurrencia cuando se verifica alguno de los supuestos establecidos en la ley para la extinción del contrato, para lo que es irrelevante la voluntad de las partes. Las segundas, tienen como objeto proteger al trabajador de un despido injusto y, a diferencia de las primeras, sí tienen en cuenta la voluntad de las partes. Las causas voluntarias se pueden subdividir en tres grupos:

"(i) el mutuo consenso, por virtud del cual el empleador y el trabajador manifiestan un acuerdo de voluntades dirigido a finalizar la relación contractual, sin que se exijan formalidades especiales para exteriorizar el acuerdo y sin que se imponga la obligación de tener que asumir un régimen de reparación económica entre ellos; (ii) la decisión unilateral de una de las partes, invocada tanto por el empleador como por el trabajador, de acuerdo con las justas causas previstas en la ley, cuya ocurrencia, en el caso del empleador, sin perjuicio del pago de los salarios y prestaciones sociales debidas, lo exime de tener que asumir el reconocimiento de algún tipo de reparación económica por finalizar de contrato y que, por el contrario, en la hipótesis del trabajador, supone el pago de la indemnización que se prevé en el artículo 64 del CST; y (iii) la posibilidad igualmente de las partes de terminar el contrato de trabajo sin justa causa, circunstancia en la cual se prevé para el empleador, la obligación específica de asumir el pago de la misma indemnización dispuesta en el precepto legal antes mencionado" . Estas formas de terminación del trabajo persiguen importantes fines constitucionales, relacionados con los derechos del trabajador y las potestades del empleador y, por ende, en esta ocasión se reitera la clasificación expuesta previamente.

Todo, sin perjuicio de los casos en los que la ley o la jurisprudencia han reconocido estabilidad laboral reforzada. [255] Ib. [256] Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del Caso Lagos del Campo Vs.

Perú (2017. pár. 150. Allí se lee: "Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho".

[257] Cfr. Sentencia T-317 de 2020. [258] Cfr. Autos del 9 de noviembre de 2022 y el 8 de febrero de 2023. [259] Expediente ordinario laboral, fl. 61.

[260] Demanda de tutela, pp. 6 a 8. [261] Escrito de intervención del 21 de noviembre de 2022, p. 5. [262] Ib. p. 6. [263] Ib. [264] Ib. [265] Cfr. Fondo de Población de las Naciones Unidas.

Lineamientos de atención en los servicios de salud que consideran el enfoque diferencial, de género y no discriminación para personas LGBTI (7.6. Recomendaciones específicas para el abordaje en salud sin discriminación ni estigma a las personas LGBTI escuchando sus voces, Narrativa 1. Mujeres trans). Bogotá, Colombia, 2019. pp.

84 y ss. [266] Escrito de intervención del 21 de noviembre de 2022, p. 11. [267] Ib. [268] Ib. [269] Cfr. Ib. [270] Ib. p. 12. [271] "La interseccionalidad es una forma de análisis que parte de reconocer que una misma persona puede estar atravesada por diferentes identidades que generan situaciones únicas. Este marco conceptual va más allá del género como único factor opresor de la mujer; el análisis interseccional tiene en cuenta asuntos económicos, sociales, políticos, culturales, psíquicos, subjetivos y experienciales, que a su vez se presentan en contextos específicos, generando modos de relaciones jerárquicas y desiguales. Temas como la etnia, la raza, la clase, las capacidades, las creencias religiosas e incluso la espiritualidad son tenidos en cuenta con el fin de determinar la condición única que estos generan en una mujer. Lo que se estudia entonces son los diferentes tipos de manifestaciones o de consecuencias que tienen en cada mujer esos distintos factores de opresión estableciendo los condicionantes y las experiencias determinadas, específicas y distintas que surgen en cada situación".

Sentencia T-410 de 2021. [272] Cfr. Lina María Vargas, Poética del peinado afrocolombiano. Alcaldía Mayor de Bogotá. Bogotá, 2003; Kristell Andrea Villareal Benítez, Trenzando la identidad: cabello y mujeres negras.

Universidad Nacional. Bogotá, 2017; Jeannette Marie, Mageo, Hairdos and Don'ts: Hair Symbolism and Sexual History in Samoa. Man, Vol. 29 (No. 2). Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland. UK, 1994. pp. 407-432; y Cheryl Thompson, Black Women, Beauty, and Hair as a Matter of Being . Women´s Studies Vol 38 (No. 8). TYF.

pp. 831-856. [273] Cfr. Dvora Zipkin. The Myth of the ShortHaired Lesbian . Journal of Lesbian Studies Vol 3 (No. 4). TYF. pp. 91-101; Mira Nicolescu, Women with shaved heads:

western Buddhist nuns and Haredi Jewish wives: polysemy, universalism and misinterpretations of hair symbolism in pluralistic societies . Scripta Instituti Donneriani Aboensis Vol. 23. Editado por Donner Institute for research in Religious and Cultural History in Åbo. Finlandia, 2011. pp.

309-332; y Henrietta Monica Settler , 'Hair economies': power and ethics in an ethnographic study of female African hairdressers in Cape Town.

Stellenbosch University. Sudáfrica, 2017. [274] Sentencia T-279 de 2022. [275] Escrito de intervención del 21 de noviembre de 2022, p. 10. [276] ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

[277] Cfr. Orión Vargas Vélez, El razonamiento inductivo en la valoración judicial de la prueba. Editorial Universidad de Salamanca. Salamanca, España. 2019. pp. 62 y 63.

[278] Cfr. Escritos de intervención de las universidades de los Andes (SITD) y Eafit, pp. 20 y 3, respectivamente. [279] Ib. [280] Ib. [281] Demanda de tutela, p. 7.

[282] Escrito de intervención del 21 de noviembre de 2022, p. 10. [283] Ib. [284] Ib. p. 7. [285] Ib. [286] La accionante aportó tres documentos: (i) "Historia clínica dictamen de ceguera médico legal sra. Zoila Rosa Morales" (5 fls.); (ii) "Historia clínica geriatría Zoila Rosa Morales" (2 fls.); y (iii) "Historia clínica siquiátrica Zoila Rosa Morales" (4 fls) .

[287] Sentencia T317 de 2020. Cfr. Sentencias T-392 de 2017 y T-314 de 2011. [288] Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado "09AudienciadepracticadePruebas", minuto 31:00 y 61:50.

[289] Expediente ordinario laboral, fls. 249 a 252 y 265. [290] Expediente ordinario laboral, fl. 249. [291] Demanda de tutela, p. 4. [292] Escrito de intervención del 10 de febrero de 2023, pp. 2 a 6.

[293] Expediente ordinario laboral, fls, 78 a 87 y 405 a 421. [294] Ib. 277 a 280. [295] Escrito de intervención del 10 de febrero de 2023, p. 10 [296] Escrito de intervención del 21 de noviembre de 2022, p. 6.

[297] Ib. [298] Audiencia de fallo de segunda instancia. Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado "15AUdioVideoSegundaInstancia". Minuto 10:09.

[299] Audiencia de fallo de segunda instancia. Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado "15AUdioVideoSegundaInstancia". [300] Expediente ordinario laboral, fl. 503.

[301] Expediente ordinario laboral, fl. 113. [302] ARTÍCULO 121. Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. // Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.

[303] En la página 12 de la contestación de la demanda se lee: "son obligaciones especiales del trabajador (…) 29. Avisar inmediatamente cuando se presente una incapacidad que le impida asistir a laboral. 30. Presentar inmediatamente a la empresa el certificado de incapacidad. En caso de tener algún impedimento para entregarlo, deberá hacerlo a más tardar dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha que esto ocurra".

Cfr. Expediente ordinario laboral, fl. 113. [304] Declaración del testigo Yesenia Roldán. Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado "09AudienciadepracticadePruebas", minuto 22.14.

[305] Ib . Minuto 35:48 a 36:25. [306] Ib . Minuto 39:19. [307] Ib . Minuto 46:44. [308] Declaración del testigo Juan Rafael Morón. Expediente ordinario laboral, archivo de audio denominado "09AudienciadepracticadePruebas", minuto 61:.

[309] Ib. Minuto 68:34. [310] Ib. Minuto 69:34. [311] Expediente ordinario laboral, fls. 141 y 142. [312] Demanda de tutela, [313] Expediente ordinario laboral, fl. 151.

[314] Sentencia SU-023 de 2018 y T-044 de 2022. [315] Cfr. Sentencia SU-368 de 2022. [316] Cfr. Sentencia T-102 de 2014. [317] Cfr. Sentencias T-351 de 2011 y T-744 de 2017.

[318] Ib. [319] Sentencia C-083 de 1995. [320] Cfr. Auto 397 de 2014. [321] Cfr. Sentencia SU-023 de 2018 (ff.jj. 66 a 68). [322] Cfr. Sentencias SU-347 y SU-388 de 2022.

[323] Demanda de tutela, p. 50. [324] La línea jurisprudencial sobre estabilidad laboral reforzada empezó delimitarse en la Sentencia C-531 de 2000. Cfr. Sentencias T-1040 de 2001, T-519 de 2003 y T-1083 de 2007, entre otras anteriores y relevantes.

[325] Cfr. Sentencias T-041 y T-620 de 2019, T-050 y T-099 de 2020, T-237 y T-410 de 2021 y T-096 y T-424 de 2022. [326] Expediente T-8.847.563 (M.P. Diana Fajardo Rivera).

[327] Tomado de la Sentencia SU-087 de 2022. [328] El Tribunal aceptó que en el expediente se probó una disfunción renal bilateral y de un trastorno depresivo , pero señaló que no se aportaron pruebas que permitan certeza de que el empleador sabía de estas patologías .

[329] Cfr. Expediente ordinario laboral, fl. 488. [330] Expediente ordinario laboral, fl. 303. [331] Cfr. https://www.who.int/es/health-topics/la-d%C3%A9pression#tab=tab_1 .

[332] Ministerio de Salud, Subdirección de Enfermedades no Transmisibles, Boletín de Salud Mental. Depresión. Bogotá, Colombia. 2017. p. 2. El documento está disponible para ser consultado en el siguiente vínculo Web:

https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/boletin-depresion-marzo-2017.pdf [333] [333] Expediente ordinario laboral, fls. 52 a 59.

[334] Cfr. Sentencia SU-245 de 2021. [335] Cfr. Sentencias T-346 y T-1045 de 2012 y T-044 de 2022. [336] Cfr. Sentencias T-807 de 2004, T-1101 de 2005, SU-448 de 2011, T-321 de 2017, SU-312 de 2020 y T-034 de 2023.

[337] Cfr. Sentencia T-024 de 2023 (fj. 66). [338] Cfr. Sentencia SU-317 de 2021 (fj. 57 y 58). [339] Sentencia SU-027 de 2021. [340] Demanda de tutela, p. 37.

[341] Cfr. Sentencia del 9 de agosto de 2011 (37272). [342] Cfr. Sentencia SU-143 de 2020. [343] Cfr. Sentencias C-668 de 2001 y C-203 de 2011. En similar sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 4 de diciembre de 2019 (58548).

[344] Cfr. Sentencia C-713 de 2008. [345] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 27 de noviembre de 2019 (SL5596).

[346] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 24 de abril de 2018 (SL1368). [347] Cfr. Sentencia C-372 de 2011.

[348] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 13 de octubre de 1999 (12480). [349] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 28 de enero de 2020 (SL175).

[350] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 29 de enero de 2020 (SL141). [351] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 11 de diciembre de 2019, (SL4628).

[352] Cfr. Sentencia SU 143 de 2020. [353] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 28 de enero 2020 (SL186). [354] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 27 de noviembre de 2019 (SL5178).

[355] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 28 de enero 2020 (SL186). [356] Cfr. Sentencia C446 de 1997. [357] Cfr.

Sentencias C-372 de 2011 y C-163 de 2021. [358] Cfr. Sentencias C-596 de 2000, C-572 de 2011 y SU-424 de 2012. [359] Cfr. Sentencia SU-143 de 2020.

[360] Ib. [361] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 20 de agosto de 2019 (SL3274). En similar sentido, Cfr. Sentencia del 30 de agosto de 2017 (SL19502) y del 16 de marzo de 2016 (SL3474).

[362] Sentencia SU-143 de 2020. Cfr. Sentencia C-880 de 2014. [363] Cfr. Sentencia SU-227 de 2021. [364] Sentencia SU-635 de 2015. [365] Sentencia C-596 de 2000. En el mismo sentido, Cfr. Sentencias C-197 de 1999 y SU-542 de 1999.

[366] Sentencia C-880 de 2014. [367] Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2015. [368] Sentencias T-804 de 2014, T-878 de 2014 y T-028 de 2023.

[369] Sentencia T-012 de 2016. [370] Sentencia T-344 de 2020. [371] Dirección Nacional de Planeación. Situación de las personas trans en Colombia.

2021.
https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Social/Documentos/Investigacion_situacion_de_las_personas_trans_en_Colombia.pdf [372] Ibid.

[373] Defensoría del Pueblo (2023). Una radiografía del prejuicio: informe anual 2022 de derechos humanos de personas OSIGD-LGBTI y balance de la Política Pública Nacional 2019-2022 en Colombia.

https://n9.cl/5xtnw . [374] Ibid. [375] Secretaría Distrital de Planeación. Alcaldía Mayor de Bogotá (2022). Diagnóstico y recomendaciones para la inclusión laboral de los sectores sociales LGBTI.

[376] Sentencia T-063 de 2015. [377] Sentencia T-062 de 2011. [378] Sentencia T-236 de 2023. [379] CIDH, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 12 de noviembre de 2015.

[380] Sentencia T-363 de 2016. [381] Escrito de intervención, p.2. Párr. 88 y 107 de la sentencia. [382] Sentencias T-876 de 2012, T-918 de 2012 y T-771 de 2013.

[383] Salvamento de voto, Sentencia T-236 de 2020. [384] Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

[385] Ibidem. [386] Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. (2017).

[387] Informe del Experto Independiente de la ONU sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. (2018).

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/SU067-23.htm
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.