



San Andrés, Isla, Primero (1°) de Septiembre de Dos Mil Veintitrés (2023)

RADICACIÓN: 88-001-4003-003-2023-00197-00
REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
TUTELANTE: MOISES DAVID ARIZA DE LA ROSA
TUTELADO: HOTELES 127 AVENIDA S.A. – GHL RELAX HOTEL SUNRISE.
VINCULADOS: BILLY FRANCIS BOWIE Y HOWARD EDUARDO EMPERADOR REYES, GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, y a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Seccional San Andrés Isla, y a la INSPECCION DE POLICIA DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA.

SENTENCIA No. 00100-2023

1. OBJETO

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por el señor MOISES DAVID ARIZA DE LA ROSA, actuando en nombre propio en contra de la HOTELES 127 AVENIDA S.A. – GHL RELAX HOTEL SUNRISE.

2. ANTECEDENTES

El señor MOISES DAVID ARIZA DE LA ROSA actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela por razón de los hechos que a continuación se sintetizan:

Expresa el accionante que se encontraba haciendo uso de los servicios del gimnasio del Hotel GHL Relax Sunrise, del cual fue miembro desde aproximadamente 10 años, indica que fue discriminado por parte de uno de los usuarios del gimnasio, el señor Billy Francis Bowie, quien además de insultarle le llamo “*maricón*”, hecho que fue presenciado por otros usuarios que se encontraban en el momento, por lo que procedió a colocar la respectiva queja ante la recepción del hotel.

Sostiene que el viernes 16 de junio del año en curso, fue notificado de la decisión de la gerencia del hotel, de la cancelación de la membresía en el gimnasio, sin que se hubiera agotado el debido proceso, bajo el argumento de que debían ser imparciales y que cancelarían la membresía de las partes involucradas en el pleito.

Indica que tiene conocimiento de que el señor Billy Francis Bowie, sigue haciendo uso de los servicios del gimnasio, sin ningún tipo de llamado de atención, lo cual

evidencia un claro trato diferenciado y un acto de discriminación en razón a su orientación sexual.

Sustenta que decidió hacer una denuncia pública respecto a los hechos enunciados, a través de un video que publicó en sus redes sociales de Facebook e Instagram. Tras hacer la denuncia pública en redes sociales, recibió comentarios injuriosos por parte del señor Howard Eduardo Emperador Reyes, quien a su vez lo amenazó públicamente con agredirlo físicamente.

Manifiesta que el día 20 de junio de 2023, con radicado No. 20230060292492601, por intermedio de la Defensoría del Pueblo presento derecho de petición ante el Hotel GHL Sunrise, en el que se exhortaba a que se tomaran las medidas correspondientes para reparar las afectaciones que se le causaron, y prevenir que vuelvan a presentarse actos de discriminación a causa de la orientación sexual de las personas en su establecimiento.

Declara que a través de oficios No. 20230060292492641 y 20230060292492701 del 20 de junio de 2023, la Defensoría del Pueblo dio traslado de la denuncia por discriminación a la Fiscalía Seccional, y a la Inspección de Policía con relación a las amenazas en contra de su integridad física.

Sostiene que a la fecha no ha habido respuesta alguna de la petición presentada ante el Hotel GHL Sunrise, ni ha sido contactado, ni citado por la Fiscalía ni la Inspección de Policía.

3. PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos, el señor MOISES DAVID ARIZA DE LA ROSA actuando en nombre propio solicita:

- 3.1. Que se tutelen los derechos fundamentales a la igualdad, a no ser discriminado, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana, petición y al debido proceso.
- 3.2. Que se ordene a HOTELES 127 AVENIDA S.A. – GHL RELAX HOTEL SUNRISE, reactivar la membresía del gimnasio del accionante y ofrecer disculpas públicas por los hechos señalados en la presente acción de tutela.
- 3.3. Que se ordene a HOTELES 127 AVENIDA S.A. – GHL RELAX HOTEL SUNRISE, capacitar a sus empleados en materia de conceptos de género y respeto a los derechos de las personas LGBTI, y adoptar las medidas adecuadas y necesarias para evitar que se vuelvan a cometer actos de discriminación a causa de la orientación sexual de las personas dentro de su establecimiento.

- 3.4. Que se ordene a la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, y a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Seccional San Andrés Isla, y a la INSPECCION DE POLICIA DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, adelantar las gestiones correspondientes de acuerdo a su competencia.

4. ACTUACIÓN JUDICIAL

Mediante Auto No. 0577-23 de fecha Dieciocho (18) de Agosto de Dos Mil Veintitrés (2023), se admitió la presente acción de tutela, donde se ordenó comunicarle a HOTELES 127 AVENIDA S.A. – GHL RELAX HOTEL SUNRISE, a través de su representante legal o quien haga sus veces, con el fin de que contestaran la presente solicitud y rindieran los informes del caso dentro del término de dos (2) días, de la presente acción.

Igualmente, se vinculó a BILLY FRANCIS BOWIE Y HOWARD EDUARDO EMPERADOR REYES, GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, y a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Seccional San Andrés Isla, y a la INSPECCION DE POLICIA DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, a fin de en un término improrrogable de dos (2) días, se sirviera pronunciar sobre los hechos y pretensiones de la tutela, aporte o solicite las pruebas que considere pertinentes.

Finalmente, se ofició a la Defensoría del Pueblo Regional de esta Ínsula para que emitiera concepto dentro del presente amparo constitucional y/o coadyuvara o no las pretensiones de la accionante.

El anterior auto fue notificado mediante correo electrónico el día 18 de Agosto del año en curso, y personalmente al señor BILLY FRANCIS BOWIE, el día 22 de Agosto de 2023; los soportes de la notificación reposan dentro del expediente electrónico archivo No.06 al 08.

5. CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN DE TUTELA

Vencido el término de traslado se evidencia que el señor HOWARD EMPERADOR REYES, contestó el requerimiento, indicando que, en atención a los hechos relacionados con la empresa accionada GHL RELAX HOTEL SUNRISE, no le consta que el actuar de la persona jurídica en mención haya vulnerado los derechos invocados, tal actuación le tocaría ser probada y argüida por el Hotel Sunrise.

Sustenta que de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela será improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia, en el artículo 220 del código penal, tipifica la injuria como un delito penal, con un procedimiento especial, por lo tanto,

es dable afirmar que la acción de tutela no es la figura jurídica para aducir o iniciar un proceso de injuria.

Por otra parte, la INSPECCIÓN DE POLICIA DE SAN ANDRÉS ISLA, solicita se declare improcedente la acción de tutela instaurada por el señor MOISES DAVID ARIZA DE LA ROSA, en la medida que el despacho de la Inspección de policía no fue debidamente notificado de dicha solicitud instaurada por la defensoría del pueblo, y el presente despacho se entera de dicha solicitud por medio del traslado de la acción de tutela 88001-4003-003-2023-00197-00 y una vez enterada de dicha solicitud procedió a darle tramite a la misma, fijando fecha de mediación policiva entre el señor Howard Eduardo Emperador Reyes y el señor Moisés David Ariza De La rosa para el día 28 de agosto del año en curso a las 09:00am, configurándose un hecho superado.

Igualmente, la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, señaló que el día 20 de junio de 2023, mediante correo electrónico la Dirección seccional Fiscalía San Andrés dio traslado del oficio No. 20230060292492641, procedente del Doctor Osvaldo Manuel Madariaga, Defensor Regional del Pueblo, mediante el cual pone en conocimiento unos presuntos hechos de conductas homofóbicas y discriminatorias en contra de Moisés David Ariza de la Rosa, así como también de unas presuntas amenazas en su contra.

La competencia de la Fiscalía de Alertas y Clasificación Temprana de Denuncias de acuerdo a las funciones especiales como filtro entre otras, revisar y archivar las denuncias, que se reciben de conformidad con lo dispuesto en los articulo 69 y 79 del C.P.P., procedió a realizar análisis de los hechos expuestos por MOISES DAVID ARIZA DE LA ROSA, motivo por el cual se dispuso el día 22 de junio de 2023, remitir a la Inspección de policía para que conforme a su competencia y disposiciones legales contenidas en el Código de Policía en su Artículo 26 y 27, se adopten las medidas tendientes a la resolución del asunto en comento, en lo relacionado con las amenazas allí señaladas.

No obstante, lo anterior, el día 22 de agosto de 2023, se procedió a crear denuncia a través del sistema SPOA, la cual por reparto le fue radicado bajo el NUNC No. 880016001208202310731 por el presunto delito de actos de racismo o discriminación Art. 134 A del C.P., siendo victima MOISES DAVID ARIZA DE LA ROSA, correspondiéndole el conocimiento a la Fiscalía Seccional 01.

Finalmente, el señor WILLIAN ROBERT FRANCIS BOWIE, dio contestación señalando que desconoce las características personales del accionante y de la existencia, el estado y las condiciones de la membresía aludida por el accionante, los cuales rebasen el alcance de la relación comercial por cuenta de la adquisición y el uso de los servicios ofrecidos por el accionado.

Por su parte, HOTELES 127 AVENIDA S.A. – GHL RELAX HOTEL SUNRISE, guardo silencio al traslado de la acción constitucional.

6. – CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA:

De conformidad con el numeral 1° del Art. 1° del Decreto 1983 del 2017, este Despacho es competente para conocer la presente solicitud de tutela. La norma citada, respecto del *reparto de la acción de tutela*, dispone lo siguiente:

“(…) Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital, municipal y contra particulares, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, a los jueces municipales”. Lo anterior por ser la tutelada una Entidad de carácter privado que presta el servicio de salud en el Departamento Archipiélago.

Frente a la competencia, según el criterio del lugar donde se haya producido el hecho o sus efectos, los mismos tuvieron ocurrencia en la Isla de San Andrés.

Así las cosas, son los Juzgados Municipales del Distrito Judicial de San Andrés, los competentes para conocer la presente solicitud de tutela, según el correspondiente reparto.

6.2. PROCEDENCIA:

El Artículo 86 de la Constitución Política de 1991, desarrollado en los Decretos 2591 y 306, ambos del mismo año, ha institucionalizado la acción de tutela como una garantía y un mecanismo constitucional de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y de los particulares, en los casos que establezca la ley.

Dicha acción muestra por su finalidad un carácter extraordinario, en la medida en que su utilización parte del respeto y garantía a la consagración constitucional y legal de las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como de las respectivas acciones, procedimientos, instancias y recursos que ante las mismas se surten, lo que supone un uso en forma supletiva con carácter subsidiario; de manera que, la procedencia de la tutela se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente, rápida y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente y sumario, hasta tanto la autoridad correspondiente defina el fondo del asunto.

En el presente asunto, se trata del ejercicio de la Acción de Tutela incoada contra una empresa privada del sector Hotelero que presta sus servicios dentro del Departamento Insular y por tanto es procedente, al tenor de los Artículos 5° y 42 Numeral 4° del Decreto 2591 de 1991.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar, ¿si se vulneraron o no los derechos fundamentales del señor MOISES DAVID ARIZA DE LA ROSA, por parte de HOTELES 127 AVENIDA S.A. – GHL RELAX HOTEL SUNRISE, en razón a la cancelación de la membresía en el gimnasio del Hotel por los presuntos hechos de discriminación y homofobia acaecidos en sus instalaciones?

6.4. ANÁLISIS NORMATIVO Y/O JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS O AMENAZADOS

6.4.1. Derecho al debido proceso

Al respecto, la Corte indica que:

“5.3.1. El debido proceso como derecho fundamental, se encuentra consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, y como primer elemento cabe resaltar su aplicación no solo para los juicios y procedimientos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas, cuando establece que: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, * “en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”¹.*

5.3.2. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso:

(i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a

¹ Sentencia T-442 de 1992

obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo;

(ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley;

(iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;

(iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables;

(v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y

(vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.”
(Sentencia C-341/14)

6.4.2. Derecho a la igualdad

Según el Art. 13 de la Constitución Política de Colombia, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y no tendrán un trato diferente respecto a sus derechos, libertades y oportunidades.

Frente a esto, la Jurisprudencia de la Corte señala:

“32. La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía². De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i)

² *Ibidem*

formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos³; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

De igual forma, esta Corporación ha expresado que este postulado tiene un contenido que se concreta en el deber público de ejercer acciones concretas, destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones particulares o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas)⁴.

En consecuencia, están prohibidas las distinciones que impliquen un trato distinto no justificado, con la capacidad de generar efectos adversos para los destinatarios de las normas o conductas que las generan, quienes no están obligados a soportar esos déficit de protección⁵”(Sentencia T-030/17).

6.4.3. DERECHO A LA NO DISCRIMINACION POR RAZON DE ORIENTACION SEXUAL DIVERSA

La jurisprudencia constitucional ha derivado el contenido y alcance del derecho fundamental a no ser discriminado a partir del artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma establece, por un lado, la dimensión formal de este derecho, al prescribir que todas las personas deben recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades y “gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”

Por otra parte, el mencionado artículo 13 constitucional también señala la dimensión material del derecho a no ser discriminado, al fijar el deber del Estado de promover “que la igualdad sea real y efectiva” y adoptar “medidas a favor de grupos discriminados o marginados”, por lo que, bajo esta dimensión del derecho, deben tenerse en cuenta las circunstancias y condiciones particulares de las personas y las distintas comunidades y grupos sociales, de tal manera que se logren evidenciar las desventajas en las que se encuentran unos y otros respecto del resto de la sociedad. Lo anterior implica que no todo trato diferenciado es discriminatorio, ya que el Estado debe adoptar acciones a favor de determinados colectivos que por sus particularidades se enfrentan a desventajas y barreras específicas, lo que se ha

³ *Ibidem*

⁴ *Sentencia T-478 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado*

⁵ *Ibidem*

denominado como “discriminación positiva o inversa”. Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la discriminación es una diferenciación arbitraria, pues carece de una justificación objetiva, razonable y proporcional.

La Corte Constitucional ha señalado en diversas sentencias que las personas que hacen parte de la población LGBTI son sujetos de especial protección constitucional, pues son un grupo históricamente marginado y por tanto sometido a una discriminación estructural.⁶ Al respecto se ha señalado que, ante *“la coincidencia de criterios frente a la situación generalizada de desigualdad y tratamiento diferenciado arbitrario en contra de la población LGBTI, no hay duda alguna sobre el carácter estructural de la discriminación que atraviesan los miembros de la misma, debido a la preponderancia contextual de patrones sexistas y estándares de normalización que tienden a invisibilizar la problemática de la desprotección.”*⁷

En el mismo sentido, en el ámbito regional, en el informe “Violencia contra personas LGBTI” del 12 de noviembre de 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concluyó que *“las sociedades en el continente americano están dominadas por principios de heteronormatividad, cisnormatividad, y los binarios de sexo y género. Además, existe una amplia y generalizada intolerancia e irrespeto hacia las personas LGBTI o aquellas percibidas como tales, lo cual se suma al fracaso de los Estados en adoptar medidas efectivas para investigar y castigar efectivamente la violencia por prejuicio. (...) La CIDH concluye que el contexto generalizado de discriminación social e intolerancia respecto de esta diversidad, aunado a la ausencia de investigaciones efectivas, y la falta de un abordaje diferenciado para prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes cometidos contra personas LGBTI, son elementos que conducen a que se condone y se tolere esta violencia, lo que resulta en impunidad y repetición.”*

En consecuencia, la persistencia de patrones estructurales de discriminación por motivos de orientación sexual, así como el arraigo de profundos prejuicios hacia las personas LGBTI, trae como consecuencia que en muchas ocasiones estas prácticas discriminatorias pasen desapercibidas en la sociedad y tiendan a normalizarse o a restarles importancia, por lo que es obligación del juez constitucional asumir el estudio de estos casos con una especial sensibilidad constitucional y compromiso con la dignidad humana, *“aplicando criterios de enfoque diferencial que obedezcan a la situación generalizada de vulnerabilidad y que tiendan a una solución jurídica que contribuya a la superación de la misma.”*

⁶ er, entre otras, las sentencias T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-314 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-077 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-030 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-141 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁷ Sentencia T-141 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

6.5. CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que el señor MOISES DAVID ARIZA DE LA ROSA, señala que existe una vulneración a sus derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, petición y debido proceso, por parte de HOTELES 127 AVENIDA S.A. – GHL RELAX HOTEL SUNRISE, en razón a la cancelación de la membresía en el gimnasio del Hotel por acto de discriminación y homofobia en su contra por su orientación sexual.

Según lo ha expresado de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción de tutela se concibió como un instrumento de defensa judicial para la efectiva protección de los derechos fundamentales al que la propia Carta Política de 1991 atribuyó un carácter residual y subsidiario. Esto quiere decir que no se admite su ejercicio como un mecanismo alternativo, adicional o complementario de los previstos en la ley para garantizar los derechos de las personas, pues a través suyo no busca suplirse los procesos ordinarios o especiales, reabrir debates concluidos ni mucho menos desconocer las acciones y recursos judiciales insertos dentro de los mismos para controvertir las decisiones que se profieran.

Por el contrario, tal atributo, claramente expresado en el artículo 86 Superior, aparte de reconocer la naturaleza preferente de los diversos mecanismos judiciales establecidos por la ley, es la regla general de resolución de los conflictos jurídicos relacionados con derechos fundamentales, de ahí que el ejercicio del recurso de amparo constitucional sólo es procedente de manera excepcional cuando no existan otros medios de protección a los que pueda acudir quien resulte afectado en sus derechos o, aun existiéndolos, se compruebe su ineficacia en relación con el caso concreto o se interponga para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sobre este punto, se ha dejado en claro que:

“(…) en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica”

Lo anterior lleva a entender que en la jurisprudencia constitucional se haya destacado, en forma categórica y uniforme, que los conflictos jurídicos que tengan como soporte la vulneración de derechos fundamentales deben ser resueltos, en principio, por las vías ordinarias y, solo ante la ausencia de dichas vías o cuando aquellas no sean eficaces o idóneas para abordar el caso concreto o para conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es procedente acudir directamente a la acción de amparo constitucional.

No en vano, como respuesta a la mencionada nota distintiva que subyace a la acción de tutela, se radica en cabeza del interesado la obligación de desplegar todo su actuar encaminado a activar los medios ordinarios de defensa consagrados en el ordenamiento jurídico. Tal imperativo constitucional pone de relieve que, para impetrar el amparo de una prerrogativa de raigambre superior, quien reivindica esa pretensión debe proceder con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios; entendiendo, de suyo, que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales disponibles deviene en la improcedencia del recurso tuitivo de los derechos fundamentales.

En el sub lite, el accionante solicita como primera y segunda pretensión de la acción constitucional, que HOTELES 127 AVENIDA S.A. – GHL RELAX HOTEL SUNRISE, reactive la membresía del gimnasio a su favor y ofrezca disculpas públicas por los hechos señalados en la presente acción de tutela, y que se capaciten a sus empleados en materia de conceptos de género y respeto a los derechos de las personas LGBTI, y adoptar las medidas adecuadas y necesarias para evitar que se vuelvan a cometer actos de discriminación a causa de la orientación sexual de las personas dentro de su establecimiento.

Encuentra el Despacho que la H. Corte Constitucional ha precisado que la prevalencia de los derechos fundamentales, está por encima de cualquier disposición de naturaleza legal o reglamentaria, así cuando alguna decisión de entidades, asociaciones, clubes o cualquier otro tipo de institución, no encuentre más fundamento que la discriminación, el abuso de la posición dominante, o el desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, debe inaplicarse tal determinación, pues de lo contrario, sería avalar la vulneración de los derechos de quien resulta afectado con tal conducta.

Ahora bien, como se desprende de los antecedentes, el accionante argumenta que es homosexual y en razón a su orientación sexual le fue cancelada la membresía del gimnasio del cual fue miembro por más de 10 años.

No obstante, de los hechos relatados por el accionante se vislumbra que la cancelación de la membresía se debió en razón al altercado que presento con otro usuario en las instalaciones del Gimnasio, distinto al personal del hotel accionado. Así mismo, se tiene que no se allega prueba alguna, que permita indicarle al Despacho que tal decisión se fundamentó en razón a su orientación sexual o un acto de discriminación del hotel en su contra.

Es pertinente resaltar que en Colombia existe la libertad de empresa y el derecho de propiedad. Asimismo, los comerciantes tienen bajo el artículo 333 de la Constitución Política, la libre iniciativa de empresa y la libertad de empresa. Sin embargo, los derechos de los ciudadanos como consumidores también están plasmados en el estatuto del consumidor - Ley 1.480 de 2011 -, la cual contiene normas específicas para cada situación y que protege la igualdad en caso de que se presente una posible discriminación.

De tal forma que, en el presente asunto se declarara la improcedencia de la acción constitucional frente a tales pretensiones, ya que es la Superintendencia de Industria y Comercio, la encargada de investigar los hechos y determinar si la cancelación de la membresía del señor ARIZA DE LA ROSA, se dio en razón a fines discriminatorios por su orientación sexual y determinar si existe responsabilidad frente al mismo por parte de HOTELES 127 AVENIDA S.A. – GHL RELAX HOTEL SUNRISE.

Por otro lado, frente a la pretensión del accionante de *“Ordenar a las entidades vinculadas adelantar las gestiones correspondientes de acuerdo a su competencia.”*

Es menester indicar por la suscrita, que en igual sentido se declarará la improcedencia de la misma, por cuanto se observa del traslado de la acción constitucional que la Fiscalía General de la Nación, el día 22 de agosto de 2023, creó la denuncia a través del sistema SPOA, la cual por reparto le fue radicado bajo el NUNC No. 880016001208202310731 por el presunto delito de actos de racismo o discriminación Art. 134 A del C.P., siendo víctima MOISES DAVID ARIZA DE LA ROSA, correspondiéndole el conocimiento a la Fiscalía Seccional 01.

En consecuencia, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, continuar con el procedimiento establecido en la Ley, respecto a la noticia criminal mencionada en precedencia, ante el cual, el accionante podrá continuar recibiendo información respecto al procedimiento en cuestión.

En igual sentido, tenemos que la Inspección de Policía, procedió a darle trámite a los hechos relacionados con las amenazas realizadas por la red social contra el accionante, fijando fecha de mediación policiva entre el señor Howard Eduardo Emperador Reyes y el señor Moisés David Ariza De La rosa, para el día 28 de agosto del año en curso, a las 09:00am.

En ese orden de ideas, no encuentra procedente utilizar este medio constitucional ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, y en la medida en que ese Despacho Judicial ha concluido que este es eficaz e idóneo, la presente acción de tutela tan solo podría llegar a ser procedente como mecanismo transitorio de protección. No obstante, esto solo ocurriría en caso de que se observara que el accionante se encuentra sometido a la posible materialización de un perjuicio irremediable respecto de sus derechos fundamentales, lo cual no vislumbra el Despacho, ya que el actor no demostró en la acción de tutela encontrarse en presencia de un perjuicio irremediable, de acuerdo con la información que allegó.

En consecuencia, sin hacer mayores elucubraciones, se concluye que, en este caso particular, tal como viene siendo manifestado en las contestaciones por las entidades accionadas, es menester declarar la improcedencia de la acción de tutela referenciada, porque no se satisfizo el requisito de subsidiariedad, por los motivos aquí disertados.

Los razonamientos que preceden constituyen fundamento suficiente para concluir que en este caso particular es improcedente conceder el amparo solicitado.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE SAN ANDRÉS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

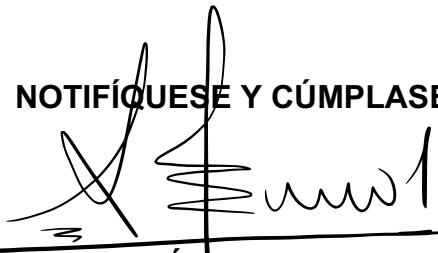
PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE, la presente acción de tutela, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Contra la presente procede el recurso de impugnación.

CUARTO: Si éste fallo no fuere impugnado oportunamente, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



INGRID SOFÍA OLMOS MUNROE
JUEZA

LHR