

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES
DE BOGOTÁ

Bogotá D.C., siete (7) de mayo de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA NO. 2020 - 00126 DE KAREN ANDREA MOLINA SALVADOR CONTRA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C, SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO; SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA; SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE Y SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD.

ANTECEDENTES

KAREN ANDREA MOLINA SALVADOR solicitó la protección constitucional por vía de tutela de sus derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y vida digna, vulnerados por las accionadas y como consecuencia, se ordene la inaplicación del parágrafo 5° del artículo 2° del Decreto 106 de 2020 expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá, de manera transitoria hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa avoque el conocimiento de la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Como fundamento de su petición sostuvo que en el marco de la contingencia mundial ocasionada por la pandemia del virus COVID-19, la alcaldesa mayor junto con sus secretarios emitieron el Decreto 106 de 2020, el cual contempla en el parágrafo 5° del artículo 2° las restricciones a la movilidad para adquirir alimentos y otros productos de primera necesidad de la siguiente manera:

"1. Días impares pueden movilizarse exclusivamente las personas del sexo masculino.

2. Días pares pueden movilizarse exclusivamente las personas del sexo femenino.

Las personas transgénero circularán de acuerdo a la restricción aquí establecida según su identidad de género."

Manifestó, que lo anterior afecta sus derechos fundamentales al ser una persona que no se identifica con ninguno de los dos géneros, es decir, una persona no binaria. De otra parte, indicó que aun cuando el Decreto 106 de 2020 hace referencia a las personas transgénero, dicha identidad dista de las personas no binarias.

Señaló que a pesar de que sus documentos la identifiquen como una mujer, socialmente no se ha construido como una persona del sexo femenino, así como tampoco su identidad corresponde a la de un hombre pese a que físicamente se ha reconocido con un aspecto más masculino que femenino.

Así las cosas, adujo que tal circunstancia le expone a trasgresiones por parte de la Policía Nacional y de la ciudadanía, así, su decisión en salir bajo la condición del parágrafo 5° del artículo 2° del citado Decreto, conllevaría a la afectación de sus derechos fundamentales no solamente ante la confusión que se presentaría sino a las diferentes inspecciones que se realizarían por parte de las autoridades que en consideración a su experiencia estas no se encuentran capacitadas en temas relacionados con identidad de género por lo que es frecuente un trato denigrante y despectivo por estos.

Finalmente, afirmó temer por su vida e integridad en razón a las diferentes denuncias públicas por parte de las personas no binarias y transgénero que fueron objeto de violencia y multas en vigencia del decreto.

TRÁMITE

De conformidad con el procedimiento reglado en el Decreto 2591 de 1991, se avocó el conocimiento de la presente acción de tutela mediante auto de fecha 22 de abril de 2020 y que obra a folio 14 del expediente. El día 23 de abril de 2020, el Juzgado mediante oficios enviados a las accionadas, les informó sobre su admisión y el término concedido para contestar los hechos y peticiones presentados por la accionante.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA Y VINCULADAS

- **SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD**

Mediante escrito de contestación enviado por medio electrónico, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva por considerar que la solicitud realizada por Karen Andrea Molina Salvador no es competencia de la entidad y la medida decretada no fue emitida por la Secretaria Distrital de Movilidad.

Advirtió que las medidas tomadas por el Gobierno Nacional y la Administración Distrital tienen por objeto principal garantizar la salubridad pública en el estado de emergencia.

Sostuvo que la presente acción de tutela se torna improcedente, por cuanto se alega la vulneración de derechos fundamentales en ocasión a la expedición de normas que acatan medidas preventivas y sanitarias de carácter general, de conformidad con el numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

En definitiva, solicitó la desvinculación de la entidad en razón a que no ocasionó vulneración en los derechos fundamentales de Karen Andrea Molina Salvador.

- **SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA**

En su escrito de contestación, fundamento las razones de competencia de la Alcaldía Mayor de Bogotá para expedir el Decreto 106 de 2020 en virtud de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 315 de la Constitución Política.

Explicó que la situación epidemiológica causada por el COVID-19, faculta al gobierno para tomar medidas que limitan los derechos fundamentales de las personas en aras de preservar derechos de mayor jerarquía como el de la salud en conexidad con el derecho a la vida.

Por lo anterior, señaló que la administración distrital adoptó las medidas para controlar la circulación de la población, teniendo como criterio las diferencias de sexo e identidad de género en virtud del artículo 43 de la Constitución Política.

Advirtió que la presente acción resulta improcedente por cuanto Karen Andrea Molina Salvador y la ciudadanía cuentan con el medio de control de nulidad para que el Juez natural de lo Contencioso Administrativo estudie la legalidad de dicho acto administrativo, situación que adujo no se acredita dentro del plenario.

De otra parte, señaló que Karen Andrea Molina Salvador no logra probar la vulneración de los derechos fundamentales que reclama y por ende, manifestó que estos no pueden prevalecer sobre el derecho colectivo a la salud, salubridad, dignidad humana y la vida de los habitantes de la ciudad, primando así el interés general sobre el particular.

Informó que de las medidas tomadas por la administración se expidió la Circular Conjunta Externa No. 012 de 2020, por medio de la cual se exhortó a las autoridades de policía del Distrito, el acatamiento de la autodeterminación y el autoconocimiento de las manifestaciones de identidad de género de las personas en aplicación del Decreto 106 de 2020.

De lo anterior, señaló que la entidad desde el enfoque social y situacional lidera una mesa jurídica interinstitucional con las entidades del orden Distrital para la implementación del Código Nacional de Seguridad y Convivencia en Bogotá. Explicó que dicha mesa interinstitucional reúne a la Policía Nacional, Policía Metropolitana de Bogotá y la Secretaría Distrital de Gobierno con la finalidad de construir lineamientos y consolidar conceptos para la aplicación del código de Seguridad y Convivencia Ciudadana y las órdenes emitidas por el Gobierno Distrital y Nacional.

Finalmente, solicitó al despacho denegar las pretensiones de la presente acción en el entendido que la Administración Distrital bajo la expedición del Decreto 106 de 2020, no ha vulnerado los derechos fundamentales de Karen Andrea Molina Salvador.

- **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. Y SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO**

En su escrito de contestación remitido vía correo electrónico, declaró que Karen Andrea Molina Salvador en su escrito de tutela omitió un aparte de la norma por el cual se dispuso que; “(...) las autoridades respetarán las diversas manifestaciones de identidad de género de las personas”, de esta forma señaló que el Decreto 106 de 2020 sí garantiza la protección de las diversas manifestaciones de identidad de género.

De otra parte, sostuvo que las entidades del orden distrital expidieron la Circular Conjunta No. 012 del 11 de abril de 2020, por medio de la cual se dispuso el acatamiento de las autoridades públicas de la autodeterminación y autorreconocimiento de las manifestaciones de identidad de género de las personas en aplicación del Decreto 106 de 2020 dirigida a las autoridades de policía del Distrito Capital.

Así mismo, señaló que la Alcaldía Mayor de Bogotá expidió el “Protocolo de prevención y respuesta en casos de violencia y/o abuso de autoridad frente a personas LGBTI en el marco del aislamiento obligatorio”, buscando la prevención de actos discriminatorios con base en la identidad de género, sexo o expresión de género.

En fin, solicitó denegar la presente acción de tutela en contra de su representada la Alcaldía Mayor de Bogotá de acuerdo con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 al no existir algún derecho fundamental vulnerado o en estado de amenaza y declarar la improcedencia de lo solicitado contra la Secretaría Distrital de Gobierno en razón a la existencia de otros mecanismos jurídicos diferentes a la tutela.

- **SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE**

Mediante escrito de contestación remitido vía correo electrónico, solicitó que se declare la improcedencia de la acción constitucional, y luego de pronunciarse frente al sustento fáctico del escrito de tutela, señaló que el Juez de lo contencioso administrativo es el competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de las medidas adoptadas por la Alcaldesa Mayor de Bogotá mediante el Decreto 106 de 2020.

Frente a la procedencia aun cuando existen mecanismos ordinarios de defensa judicial, manifestó que el perjuicio no es inminente, ni es grave y tampoco requiere de la adopción de medidas urgentes.

CUESTIÓN PREVIA

Previo a resolver la situación de fondo, debe tenerse en cuenta en primer término, que la jurisdicción natural competente para conocer del presente asunto es la jurisdicción contencioso administrativa; sin embargo, no puede desconocerse que en ocasión a la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional y en virtud de lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529 y PCSJA20-115532 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura con motivo de la pandemia mundial del COVID-19 se encuentran suspendidos los términos judiciales en todas las jurisdicciones.

Ahora bien, considera el despacho que aun cuando fueron habilitados los procesos de “control inmediato de legalidad” y “control de nulidad por inconstitucionalidad contra actos administrativos expedidos desde la declaratoria de la emergencia sanitaria” bajo el acuerdo PCSJA20-11546 de fecha 25 de abril de 2020 en materia de lo contencioso administrativo, no puede desconocerse la procedencia excepcional del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela que ha considerado la Corte Constitucional en Sentencias T-705 de 2012 y T-471 de 2017 en los siguientes términos:

*“(…) aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que **“siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”***

Por lo anterior, y en atención a que, aunque Karen Andrea Molina Salvador cuenta en la actualidad, con otros medios de defensa judicial, se entiende que los mismos resultan ineficaces dado la demora que podría darse en la emisión de la sentencia por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa y, por tanto, la presente acción presupone un mecanismo transitorio a fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Así entonces, este despacho, en calidad de juez constitucional considera que tales circunstancias le permiten estudiar de fondo esta cuestión, y por tanto procede a resolver esta controversia en los siguientes términos:

CONSIDERACIONES

La acción de Tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo procesal específico y directo que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos sean violados o se presente amenaza de vulneración.

En la presente acción se establece como problema jurídico a resolver, ¿Si la aplicación de la medida dispuesta en el parágrafo 5° del artículo 2° del Decreto 106 de 2020 expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá, vulnera los derechos fundamentales de Karen Andrea Molina Salvador quien se reconoce como una persona no binaria?

Para resolverlo, el despacho encuentra que la petición de la accionante enfrenta dos garantías constitucionales, por una parte, la protección constitucional de la orientación sexual e identidad de género, y por otra parte, el manejo estatal para la protección del derecho colectivo a la salubridad pública. Por lo tanto, realizará el despacho un breve análisis de cada uno de los derechos en conflicto y se aplicará el juicio integrado de igualdad (test de proporcionalidad), para encontrar la solución al caso en concreto.

I). PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

Se debe tener en cuenta en primer término que la protección constitucional de la orientación sexual y la identidad de género encuentra su origen en el artículo 13 de la Constitución Política por el cual se dispone que:

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”

A su vez, el artículo 16 de la Constitución Política establece la garantía que tienen todas las personas para para ejercer el libre desarrollo de la personalidad, que en definición de la jurisprudencia se ha visto como la autonomía con la que cuenta cada individuo para determinarse ante las circunstancias que le procura la vida, ya sea en las esferas pública o privada, y de esta forma asumir una postura ante la sociedad.

De allí, que tal consideración, deriva en un sólido concepto a la protección constitucional de la orientación sexual y la identidad de género, por lo que en providencias como la Sentencia T-143 de 2018 han reiterado que:

“El derecho a tener una identidad de género se ha conceptualizado como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”

En ese mismo sentido, es importante mencionar que la Sentencia T-099 de 2015 ha reconocido que la clasificación binaria existente en la sociedad es un tema que debe ser nuevamente examinado, haciendo la siguiente observación:

“(…) la Sala reconoce que la clasificación clásica y binaria entre hombre y mujer responde a una construcción cultural que debe ser revaluada a partir de, entre otros, los conceptos de identidad de género y orientación sexual. Esto, con el fin de abandonar estereotipos arraigados en la sociedad y que tienen el potencial de generar una discriminación sistemática.”

De otra parte, debe señalarse que aunque las sentencias de la Corte Constitucional han desarrollado su criterio sobre la no discriminación por razón de género al pronunciarse en asuntos puestos a consideración por población transexual, sin indagar específicamente en la población no binaria, obviamente debe entenderse que las garantías de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad trascienden a todos los órdenes de concepción de identidad de género, dado que las medidas constitucionales están dirigidas, sin distinción alguna, a toda la sociedad, en atención al carácter inalienable de estos derechos.

Sumado a lo anterior, además de la garantía de la libre autodeterminación, la Corte Constitucional también ha señalado que las medidas normativas que se adopten incorporando un trato diferenciado en razón a la identidad sexual, constituye un criterio sospechoso de discriminación y, por tanto, en caso de no acreditarse la necesidad de la medida, esta se tendrá como inconstitucional. Al respecto, en la sentencia T 562 de 2013, dispuso lo siguiente:

La jurisprudencia ha identificado cómo la opción sexual es uno de los criterios sospechosos de discriminación contraria al derecho a la igualdad. Como sucede con los demás criterios sospechosos de discriminación, para que puedan imponerse un tratamiento diferenciado

fundado en la identidad sexual, debe estarse ante (i) una razón suficiente para ello; y (ii) cumplirse con un juicio estricto de constitucionalidad, el cual demuestre que la medida basada en dicho tratamiento es la única posible para cumplir con un fin constitucional imperioso. En caso que no se cumplan estas estrictas condiciones, la medida devendrá incompatible con los postulados constitucionales.

II). EL DERECHO COLECTIVO A LA SALUBRIDAD PÚBLICA

La salubridad pública es un derecho esencial y colectivo que debe ser garantizado por el Estado, tal como lo indica el artículo 6° de la Ley 1801 de 2016, en los siguientes términos

“4. Salud Pública: Es la responsabilidad estatal y ciudadana de protección de la salud como un derecho esencial, individual, colectivo y comunitario logrado en función de las condiciones de bienestar y calidad de vida”

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-024 de 1994 señaló que: *“(…) la salubridad pública puede ser definida como una serie de condiciones sanitarias, tanto químicas, como relativas a la organización y disposición del espacio, necesarias para la protección de la vida, salud e integridad física del ser humano”*

En armonía con lo anterior y en una definición más reciente, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-579 de 2015, citó un concepto previamente emitido por el Consejo de Estado, que indica lo siguiente:

*“El Consejo de Estado ha definido la salubridad pública como **“la garantía de la salud de los ciudadanos”** e implica **“obligaciones que tiene el Estado de garantizar las condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad (...)** **Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria”**”.*

Con lo anterior queda claro que la salubridad pública es una garantía para todos los ciudadanos, y todos aquellos problemas relacionados con este derecho, no solo afectan la salud, sino también otros derechos fundamentales como la vida, la integridad y la dignidad humana.

De lo anterior se colige que, una omisión del Estado en adoptar medidas suficientes ante una contingencia conllevaría no solamente una afectación del derecho a la salubridad pública, sino que también implicaría una transgresión de los derechos fundamentales de toda la población.

Precisamente por lo anterior, y teniendo en cuenta que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró que actualmente el planeta se encuentra en situación de pandemia por la rápida propagación del virus COVID - 19, el Presidente de la República, desde el 17 de marzo de este mismo año, y a través del Decreto 417 de 2020, declaró el estado de excepción de Emergencia Económica Social y Ecológica en todo el territorio nacional, el cual fue prorrogado mediante el Decreto 637 de 2020.

El estado de excepción en que actualmente se encuentra el país tiene como finalidad mitigar la velocidad de propagación del virus, dado que tal como lo señala el mismo Decreto 637 de 2020, al 6 de mayo, en Colombia se registran 8613 personas contagiadas y 378 fallecidas.

Entre las medidas adoptadas para la protección de la población, se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio, limitando totalmente la libre circulación de las personas, la apertura de establecimientos de comercio como restaurantes y bares, y en general todas las actividades que generaran aglomeración. Adicionalmente, se establecieron unas especiales excepciones

para la circulación de personas, entre las que se encuentra la posibilidad de transitar para adquirir bienes de primera necesidad, acceso a servicios de salud, notariales, financieros, entre otros.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en virtud del artículo 314 de la Constitución Política, los alcaldes tienen la calidad de jefes de la administración local, en todos los municipios del país se están expidiendo normas locales para el cumplimiento efectivo del aislamiento ordenado por el presidente. Es así como en el caso de Bogotá, ciudad que tiene el mayor número de contagiados a nivel nacional, se expidió el Decreto 106 del 8 de abril de 2020, modificado por el Decreto 121 del 26 de abril de 2020, que dispuso entre otros asuntos, la restricción de movilidad teniendo en cuenta la identidad de género, medida que ha sido conocida como la medida del “pico y género”.

III). EL JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD

Teniendo en cuenta que en el presente asunto se encuentran en conflicto dos derechos de carácter constitucional, y que, en virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional, las normas que realizan distinciones basadas en la orientación de género portan un criterio sospechoso de discriminación, encuentra el despacho que, para resolver esta controversia debe remitirse al juicio integrado de igualdad.

Al respecto debe señalarse que el “juicio integrado de igualdad” es una figura desarrollada por la Corte Constitucional mediante la cual congrega el “test o juicio de proporcionalidad” desarrollado por la Corte Europea de Derechos (Sentencia C-022 de 1996) con el “test de igualdad” empleado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos (Sentencia C-093 de 2001). Sobre esta figura la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C 063 de 2018, expuso lo siguiente:

“...la jurisprudencia constitucional colombiana ha integrado las dos posturas anteriores, debido a que las considera teóricamente compatibles y complementarias, en lo que ha denominado el juicio integrado de igualdad. En este juicio, básicamente, el juez constitucional al evaluar una norma acusada de vulnerar el artículo 13 superior, combina el test de proporcionalidad de la primera versión del juicio, con los niveles de escrutinio de la segunda fase. En efecto, la precitada sentencia C-093 de 2001 señaló:

“... este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses.”

Para la aplicación de este juicio integrado de igualdad, es necesario identificar la intensidad del juicio que debe realizarse, el cual puede ser leve, intermedio o estricto. Estos niveles fueron explicados por la Corte Constitucional en la sentencia C 093 de 2001, así:

“(el test de igualdad) se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “tests” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que, si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento.”

Ahora bien, como quiera que el problema jurídico que aquí se plantea se origina en la existencia de una norma distrital que genera una distinción de trato por la identidad de género, es necesario realizar el test de forma estricta, dado que este trato diferenciado, se encuentra enmarcado en un criterio sospechoso de discriminación.

Así las cosas, para realizar este análisis, es imprescindible acudir a los elementos propios del test de proporcionalidad, los cuales se explican claramente en la sentencia C 022 de 1996, así:

*“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la **adecuación** de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la **necesidad** de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la **proporcionalidad** en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.”*

IV). EL CASO EN CONCRETO

Encuentra el despacho que Karen Andrea Molina Salvador como persona no binaria, señala una vulneración a sus derechos fundamentales en atención a la medida dispuesta en el parágrafo 5° del artículo 2° del Decreto 106 de 2020 expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá.

En el Decreto 106, respecto a esta restricción, se dispuso en el parágrafo 5 del artículo 2, lo siguiente:

Parágrafo 5. Dentro del mismo periodo establecido en el artículo 1° del presente decreto y para realizar las actividades de adquisición de bienes de primera necesidad, alimentos, bebidas, aseo, limpieza y mercancías de ordinario consumo en la población y desplazamiento a servicios bancarios, financieros, de operadores de pago, y a servicios notariales, se atenderá la siguiente condición:

- 1. Días impares pueden movilizarse exclusivamente las personas del sexo masculino.*
- 2. Días pares pueden movilizarse exclusivamente las personas del sexo femenino.*

Las personas transgénero circularán de acuerdo a la restricción aquí establecida según su identidad de género.

En la verificación del cumplimiento de lo establecido en este parágrafo, las autoridades respetarán las diversas manifestaciones de identidad de género de las personas.

Efectivamente, de la lectura de la norma transcrita se evidencia que, tal como lo indicó la accionante, en esta no se incluyó a la población no binaria, y solamente se reguló la movilización de las personas del sexo masculino, sexo femenino y personas transgénero.

No obstante, durante el trámite de esta acción constitucional, la Alcaldesa Mayor de Bogotá, expidió el Decreto 121 de 2020, mediante el cual modificó la regulación del pico y género, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 17.- Durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de Bogotá D.C., comprendido entre las cero horas (00:00 a.m.) del día 27 de abril de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 11 de mayo de 2020, para realizar las actividades de adquisición de bienes de primera necesidad – alimentos, bebidas, aseo, limpieza y mercancías de ordinario consumo en la población, desplazamiento a servicios bancarios, financieros y de operadores de pago, casas de cambio, operaciones de juegos de suerte y azar en la modalidad de novedosos y territoriales de apuestas permanentes, chance y lotería, y a servicios notariales y de registro de instrumentos públicos, se atenderá la siguiente condición:

1. Los días pares podrán movilizarse exclusivamente las personas que se auto identifiquen como mujeres.
2. Los días impares podrán movilizarse exclusivamente las personas que se auto identifiquen como hombres.

Las personas transgénero acatarán la restricción de circulación aquí establecida según su auto identificación. Las personas no binarias o intergénero podrán escoger individualmente un único día, par o impar, para transitar según las reglas del aislamiento preventivo obligatorio

La modificación normativa efectuada muestra que se realizaron dos ajustes importantes: i) sustituye las expresiones “sexo masculino” y “sexo femenino” por las expresiones de autoidentificación como mujeres y hombres y ii) incluye la población no binaria. Con lo anterior, la norma realiza una inclusión más adecuada de las diferentes formas de manifestación de género propias de la naturaleza humana.

Sin embargo, interpretando la acción de tutela presentada, se encuentra que Karen Andrea Molina Salvador alega la amenaza a sus derechos fundamentales, no solo por la falta de inclusión de la población no binaria en el Decreto 106 de 2020, sino también por las experiencias vividas por otras personas de identidad sexual diversa que demuestran la falta de capacitación de las autoridades policiales frente al tema de orientación e identidad de género y al trato desigual por su desarrollo personal.

Así las cosas, y bajo el derrotero que debe aplicarse un juicio estricto de igualdad, procede a resolverse si la medida cumple con los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad. Para lo cual debe tenerse en cuenta que la finalidad de los decretos 106 y 121 de 2020 consiste en controlar la propagación del virus COVID 19, el cual se propaga rápidamente y puede causar consecuencias fatales para quien resulta infectado.

- i) Respecto a la **adecuación** de la medida, se encuentra que para evitar la propagación del virus COVID 19 se debe reducir la posibilidad que se generen aglomeraciones, lo cual obviamente se consigue generando medidas que restrinjan a su máxima expresión la cantidad de personas que puedan circular por la ciudad.

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta que, según el censo nacional de población realizado por el DANE, en Bogotá D.C están registradas como mujeres el 52.2 % de la población, y como hombres el 47.8%, es fácil colegir que al realizar la restricción, por el género, se estaría reduciendo prácticamente a la mitad, la cantidad de personas que podrían circular en un día, y por tanto disminuyendo la posibilidad de propagar el contagio del virus.

En armonía con lo anterior, y con el fin de respetar la diversidad de género el decreto genera reglas especiales para la población transgénero y la no binaria.

De otra parte, consciente de la necesidad de proteger a estas poblaciones históricamente discriminadas, las Secretarías del Distrito Capital emitieron de manera conjunta la Circular 012 de 2020, a través de la cual le recuerdan a la Policía Nacional su deber de respetar el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación y el autorreconocimiento de género de las personas, la prohibición de exigir el documento de identidad para comprobar la identidad y la no tolerancia de tratos discriminatorios, so pena de constituirse en faltas disciplinarias y conductas punibles.

Adicionalmente, explica a la Policía Nacional que la población no binaria, tiene garantizado el derecho de autorregulación, por lo que están facultados para escoger individualmente un único día, par o impar, para transitar. Esto implica que KAREN ANDREA MOLINA SALVADOR para poderse movilizar por la ciudad para las actividades autorizadas, deberá a su discrecionalidad, elegir el día par o impar.

- ii) Respecto a la **necesidad** de la medida, se encuentra que no se concibe, ni se acredita la existencia de una medida alternativa que cumpla con el mismo propósito para la cual fue diseñada. Al respecto debe indicarse que la medida del “pico y género” es menos lesiva para la protección de la salubridad pública, comparada con medidas que establecieran la restricción en razón al número de identificación de cada persona, dado que, para poder controlar el cumplimiento de la norma, sería necesario exhibir la cédula de ciudadanía, y por tanto incumplir el distanciamiento social de mínimo dos metros recomendado para evitar la propagación del virus.
- iii) Finalmente, respecto a la **proporcionalidad** de la medida, se debe indicar que esta, en ningún momento busca discriminar a la población transgénero o no binaria, sino que solamente pretende encontrar la mejor herramienta para lograr la protección de la Salud Pública, que como se indicó anteriormente tiene inmersa la garantía de los derechos fundamentales a la salud y vida de todas las personas que habitan el territorio.

Sobre este punto, considera el despacho útil resaltar que, la medida del aislamiento preventivo restringe derechos fundamentales para la totalidad de la población. Este aislamiento ha ocasionado restricciones a la movilidad total a sujetos de especial protección constitucional como los niños, adolescentes y personas de la tercera edad mayores de 70 años; adicionalmente ha generado grandes obstáculos para que la población en general pueda garantizar la consecución de su mínimo vital, y en general ha llevado a situaciones que han disminuido la calidad de vida de las personas, a costa de poderla preservarla ante el riesgo que existe por la pandemia del COVID 19.

Por todo lo anterior, considera el despacho que si bien la medida de restricción de movilización vigente en la ciudad de Bogotá, impacta el desarrollo de los derechos fundamentales, no solo de KAREN ANDREA MOLINA SALVADOR, sino de toda la población en general, esta medida resulta adecuada, necesaria y proporcional, para lograr preservar la salud y la vida, mermando el número de infectados y posibles fallecidos.

Así las cosas, este despacho **NO AMPARARÁ** los derechos fundamentales de **KAREN ANDREA MOLINA SALVADOR**, por las razones expuestas.

En mérito de lo anteriormente expuesto **EL JUZGADO PRIMERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **NEGAR** el amparo solicitado en la acción de tutela interpuesta por **KAREN ANDREA MOLINA SALVADOR** con C.C. No. 1.019.089.387 en contra de la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.; SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO; SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA; SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE Y SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En caso de ser impugnado el presente fallo, dentro de los tres días siguientes a su notificación, remitir a los Jueces Laborales del Circuito de Bogotá (Reparto). Si el presente fallo no fuere impugnado, enviar a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: **NOTIFICAR** por el medio más expedito el contenido de este proveído.

CUARTO: PUBLICAR esta providencia en la página <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-01-de-pequenas-causas-laborales-de-bogota/2020n>.

QUINTO: Una vez regrese el presente proceso de la Corte Constitucional, se ordena su ARCHIVO DEFINITIVO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIANA MARCELA ALDANA ROMERO
JUEZ