

C-006-16

Sentencia C-006/16

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-No se cumplen requisitos que demuestre existencia de omisión legislativa

SERVICIO DE RECLUTAMIENTO Y MOVILIZACION-Inhibición por ineptitud sustancial de la demanda por falta claridad y certeza

Referencia: expediente D-10837

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización”.

Actores: Daniela Lucia Barros Ayazo y Geraldín José Hernandez Gonzalez

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos, en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

2. Cumplidos los trámites legales, la Sala Plena de la Corte Constitucional improbo el sentido del proyecto de ponencia, razón por la cual tuvo lugar un cambio de ponente.[1]

II. NORMA DEMANDADA

3. A continuación se transcribe y resalta el texto de las disposiciones demandadas de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 40.777 del 4 de marzo de 1993.

“LEY 48 DE 1993

(Abril 30)

Reglamentada por el Decreto Nacional 2048 de 1993

Diario Oficial No. 40.777 de 04 de marzo de 2003

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 10. Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad.

PARAGRAFO. La mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley no importando la modalidad en que se preste el servicio.

[...]

ARTICULO 14. Inscripción. Todo varón colombiano tiene la obligación de inscribirse para definir su situación militar dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, requisito sin el cual no podrá formular solicitudes de exención o aplazamiento. Cuando se llegue a la mayoría de edad sin haberse dado cumplimiento a esta obligación, la autoridad podrá compelerlo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la presente Ley.

PARAGRAFO 1° Los alumnos de último año de estudios secundarios, sin importar la edad, deberán inscribirse durante el transcurso del año lectivo por intermedio del respectivo plantel educativo, en coordinación con la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército. Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional solicitarán las cuotas de bachilleres, para su incorporación a la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército, único organismo con facultad para cumplir tal actividad.

PARAGRAFO 2° La inscripción militar prescribe al término de un (1) año, vencido este plazo, surge la obligación de inscribirse nuevamente.

[...]

ARTICULO 23. Colombianos residentes en el exterior. Los varones colombianos residentes en el exterior definirán su situación militar en los términos de la presente Ley, por intermedio de las autoridades consulares correspondientes.

ARTICULO 24. Colombianos por adopción. Los varones colombianos por adopción residentes en el país definirán su situación militar de conformidad con la presente Ley, siempre y cuando no lo hayan hecho en el país de origen.

ARTICULO 25. Colombianos con doble nacionalidad. Los varones colombianos, por nacimiento con doble nacionalidad definirán su situación militar de conformidad con la presente Ley.

PARÁGRAFO. Se exceptúan de este artículo los jóvenes colombianos, por nacimiento, que presente comprobantes de haber prestado el servicio militar en algunos de los Estados con los cuales Colombia tenga celebrado convenio al respecto”.

III. LA DEMANDA

3. Las ciudadanas Daniela Lucia Barros Ayazo y Geraldín José Hernández González consideran que los artículos 10, 14 (parcial), 23, 24 y 25 (parcial) de la Ley 48 de 1993 “Por medio de la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización”, vulneran los artículos 13, 16 y 25 de la Constitución Política, con base en los siguientes motivos:

3.1. Después de exponer lo que en su concepto debe entenderse por transexualismo y transgenerismo, las demandantes sostienen, en primer lugar, que las normas acusadas vulnera el derecho a la igualdad. Para sustentar esta acusación, citan expresamente el artículo 13 de la Constitución, y dicen que a su juicio este consagra el derecho a no ser sujeto de “distinción alguna por orientación sexual o identidad de género”. Luego se preguntan entonces “¿Por qué la legislación colombiana trata a los iguales como desiguales?, ¿Por qué exponer a estas personas [trans] a tratos desiguales como lo es imponerles el cumplimiento del servicio militar obligatorio por el simple hecho que su sexo biológico no concuerde en algunos casos con la identidad de género que la persona ha construido basándose en el libre desarrollo de la personalidad?”. En su criterio, es inconstitucional que los trans, en lo que atañe a la prestación del servicio militar, no tengan un tratamiento acorde con su identidad sexual.

3.2. En segundo lugar, la acción pública hace referencia a decisiones de esta Corte en las cuales se ha reconocido a mujeres trans su “condición de mujer”, y en las que se les ha protegido su derecho a la igualdad (menciona las sentencias T-771 de 2013, T-804 de 2014 y T-562 de 2013). A partir de esa jurisprudencia, dicen las demandantes, “resulta contradictorio entonces que sea la propia ley quien desconozca su condición y omita brindarles el mismo tratamiento en su condición como mujer, tal y como se ha establecido jurisprudencialmente”. Esto además se refuerza cuando se tienen en cuenta distintos referentes de “derecho comparado sobre protección y derechos población transgénero”, con fundamento en los cuales es posible apreciar que “[a] nivel regional y en otros Estados se ha avanzado en la protección de los derechos de las personas trans a través de pronunciamientos judiciales y expediciones de leyes que permiten y facilitan a este grupo poblacional su inclusión y libre desarrollo dentro de la sociedad conforme con su condición”. [2]

3.3. Las accionantes resaltan que en este caso habría una “omisión legislativa”, en los artículos 10, 14, 23, 24 y 25, toda vez que las personas tendrían que cambiar su género en

el registro civil, para lo cual en Colombia deben contar con un certificado médico o diagnóstico psiquiátrico de disforia sexual que mantiene el estigma sobre la identidad de las personas trans. Mientras no exista una concordancia entre “la apariencia”, por una parte, y el género que aparece en el registro civil, se pueden configurar “incongruencias entre la ley y la realidad de la población trans, que termina imponiéndoles cargas administrativas que vulneran sus derechos y que dejan indefinido para sus casos los procedimientos y exigencias legales que deben seguir”. Señalan entonces que hay un “vacío en la legislación”, en lo que atañe a “la situación de la persona transgénero frente a la prestación del servicio militar”:

“En el caso del servicio militar, alguien que en ejercicio de su derecho a la identidad y construcción sexual se ha auto determinado con un género distinto al que objetivamente le fue asignado al nacer en su registro civil, femenino en el caso de las mujeres trans, pero que continúa ostentando en su documento el género masculino según la Ley 48 de 1993 debería por ser ‘varón’ ante el Estado cumplir con el servicio militar obligatorio. Sin embargo, en contravía de ello los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y los avances a nivel internacional en los derechos de las personas transgénero han sido enfáticos en que deben ser tratadas conforme al género que ellas han auto determinado, lo que sin duda es muestra clara del vacío de la legislación referente a la situación de la persona transgénero frente a la prestación del servicio militar y que en nuestra consideración no es más que un efecto de la dificultad para obtener un cambio de género en el registro civil, que vulnera el derecho a la igualdad, identidad sexual, libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación como expresión de este”. [3]

IV. INTERVENCIONES

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia

4. Solicita a la Corte Constitucional declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo acerca de la constitucionalidad de las normas demandadas, con fundamento en que la acción carece de los requisitos de certeza y especificidad establecidos por la jurisprudencia de esta corporación. Antes de entrar a exponer las deficiencias de la demanda, la intervención reconoce que en efecto las personas trans atraviesan dificultades a la hora de definir su situación militar en razón de la discordancia entre su identidad de

género y su sexo biológico. Sin embargo, afirma que la demanda carece en primer lugar de certeza, pues señala que los argumentos de las accionantes para justificar la inconstitucionalidad de las normas demandadas se fundamenta en un alcance que dichas disposiciones no tienen, pues la interpretación que la Corte ha hecho de estas normas en las sentencias T-476 de 2014 y T-099 de 2015 indica que cuando la Ley se refiere a la categoría “varón”, no condiciona su aplicación “a factores biológicos, sino culturales a través de la cual se construye lo masculino”. Así las cosas aduce que,

“las normas demandadas que exigen la definición de la situación militar de los varones, no incluye a las mujeres transgénero, pues (i) para ellas no se trata de una carga exigible, y (ii) la categoría de varón se refiere a una construcción cultural y no a la asignación biológica, de forma que quienes culturalmente han construido su identidad como mujeres, no estarían incluidos dentro de las previsiones normativas demandadas”.

5. La segunda razón por la que, según esta intervención, la demanda carece de certeza es que no analiza el alcance de las normas frente a las personas cuya construcción identitaria es masculina, pero tiene sexo biológico femenino. Frente a la falta de especificidad indica que las accionantes no logran establecer de manera objetiva y verificable el contenido normativo concreto que se opone a la Constitución, ni desarrollan cuáles son las obligaciones del derecho a la igualdad que el Estado colombiano incumple con las normas demandadas. En ese sentido manifiesta que:

“la demanda no presenta una real y objetiva oposición entre el contenido normativo acusado y la Constitución, puesto que no establece por qué más allá de las expresiones “varón” o “mujer”, tales violan el texto constitucional. Esto se hace más evidente en el hecho de que la demanda omite concretar una acusación de inconstitucionalidad respecto de la cual la Corte se pronuncie. Esto lo muestra, por ejemplo, la falta de pretensiones en la demanda. Frente a la ausencia de una petición concreta la Corte no tiene un objeto real del pronunciamiento”.

Universidad de los Andes. Programa de acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho

6. En esta intervención se le pide a la Corte Constitucional declararse inhibida para emitir un juicio de fondo o, subsidiariamente, declarar la exequibilidad condicionada de los

artículos 10, 14 (parcial), 23, 24 y 25 (parcial) de la Ley 48 de 1993, bajo el entendido de que las mujeres trans no tienen la obligación legal de prestar servicio militar y que los hombres trans, en caso de que se trate de una carga desproporcionada para ellos, tampoco la tienen. Adicionalmente solicitó a la Corte extender su pronunciamiento al artículo 36 de la Ley 48 de 1993, declarando su exequibilidad bajo el entendido de que no es aplicable para las mujeres trans, por no tener la obligación legal de prestar el servicio militar, ni para aquellos hombres trans cuyo proceso de definición de situación militar fue entorpecido por su identidad de género. En sustento de sus solicitudes, expuso los siguientes argumentos:

6.1. En primer lugar señala que la demanda no formula ningún cargo concreto, claro, cierto y específico contra las normas acusadas, y cita la sentencia C-819 de 2001 en la cual la Corte Constitucional establece que el desconocimiento de la carga procesal que tiene el demandante en las acción de inconstitucionalidad, no implica que la Corte entre a suplirlo, en la medida que para que exista demanda en forma y pueda haber un fallo de fondo, es imprescindible que el actor formule por lo menos un cargo concreto de constitucionalidad. En el presente caso evidencia que la demanda no cumple con el requisito de claridad porque “se limita a hacer algunas disquisiciones sobre el transexualismo como elemento de construcción de identidad, el derecho a la igualdad, [...] pero en ningún momento desarrolla lógicamente un argumento que le permita al lector encontrar un hilo conductor que lleve de las premisas que aparentemente pretenden sentar hacia alguna conclusión respecto de las normas demandadas”. Afirmo que no cumple el requisito de certeza porque la demanda parece asumir (sin dejarlo claro) que las normas acusadas no incluyen a las mujeres trans, y esto no se infiere de los textos normativos demandados. Tampoco cumple el requisito de especificidad pues las consideraciones que hace la demanda son vagas, indeterminadas, indirectas, abstractas y globales, ya que se limitan a hablar de manera general acerca de algunas cuestiones constitucionales, sin formular ningún cargo concreto acerca de por qué las normas demandadas son contrarias a la constitución.

6.2. Por otro lado, indica que las personas trans que se auto identifican como mujeres, a pesar de no haber corregido el componente sexo de su Registro Civil de nacimiento, son mujeres también legalmente y, por tanto, no tienen el deber de prestar el servicio militar, tal como se deriva del precedente establecido en la sentencia T-099 de 2015. Al respecto, menciona que la obligación de definir la situación militar está consagrada únicamente para

hombres y, en contraste, no existe un deber de las mujeres trans, aun de aquellas que no han hecho la corrección de su registro civil, de definir su situación militar. En este sentido y frente al análisis de la norma demandada dice que:

“[...] las normas demandadas, que regulan el servicio militar y, como se advierte en el artículo 10 de la Ley 48 de 1993, establecen la obligación de definir el servicio militar únicamente para los hombres. Realizando un *sortites*, es claro que (i) sí la identidad de género depende únicamente de la auto identificación de la persona; (ii) que esto es así en tanto se deriva de los derecho a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el reconocimiento de la personalidad jurídica; (iii) que únicamente los hombre tienen el deber de definir su situación militar; y que (iv) que las mujeres trans, aún aquellas que por algún motivo no hayan corregido su componente sexo en el registro civil, se auto identifican como mujeres; entonces las personas que se auto identifican como mujeres trans no tienen el deber de definir su situación militar y, de interpretarse lo contrario, se estaría vulnerando sus derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica. Al no haber otra conclusión lógicamente posible derivable de la jurisprudencia vigente, no le está dado a la Corte, más allá de que el sistema jurídico consagre la posibilidad de corregir el componente sexo en el Registro Civil, considerar que únicamente aquellas mujeres trans que han corregido el componente sexo no tienen el deber de definir su situación militar”.[4]

Colombia Diversa

7. La Organización Colombia Diversa le solicita a la Corte proferir una sentencia inhibitoria, pues considera que la demanda no cumple con los requisitos para ello. Indica que la acción se limita a hacer consideraciones generales sin ninguna conexidad sobre el transexualismo y el transgenerismo como elementos de construcción de la identidad, pero señala que no cuenta con un hilo conductor que la haga inteligible. Por otra parte, en cuanto a la certeza del cargo, refiere que, a pesar de que nunca se expresa de manera clara, “parecería que los accionantes asumen que los artículos por ellos demandados, al referirse a las mujeres, no incluyen a las mujeres trans. Y es esto lo que, viola la Constitución”. No obstante, en concepto de la organización, esa interpretación no se infiere naturalmente de las disposiciones demandadas. Así, considera que al hacerse referencia de manera genérica a las mujeres, debe entenderse que se incluye a las mujeres trans tanto como a las

cisgénero. Además, en relación con la especificidad, dice que la argumentación de las accionantes es vaga, indeterminada, indirecta, abstracta y global, por cuanto se limita a hablar de manera general sobre la situación constitucional de las personas trans, de la igualdad, del servicio militar, entre otros, sin formular un cargo concreto de inconstitucionalidad contra las normas demandadas. De tal manera, señala que la demanda interpuesta no cumple con lo previsto en el numeral 3º del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, pues en su criterio no concreta ni desarrolla cargos de inconstitucionalidad de manera clara, cierta y específica, razón por la cual la Corte debe abstenerse de estudiarla de fondo.

Ministerio de Defensa

8. El Ministerio de Defensa explica las razones por las cuales la Corte debería declarar exequibles las normas demandadas. En su intervención señala que después de la sentencia T-476 de 2014 -en la cual se protegieron los derechos de una mujer trans a quien se le exigió presentar libreta militar para acceder a un cargo público-, el Ministerio de Justicia y del Derecho expidió el Decreto No 1227 del 04 de junio de 2015, “Por el cual se adiciona una sección al Decreto 7069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil”, en el cual regula la corrección del componente sexo en el registro de estado civil. Con este instrumento, se logra en su concepto darle certeza a la identidad de las personas, para que cumplan las cargas sociales y ejerzan los derechos que les reconoce la Constitución. Una vez las mujeres trans cambien en el registro civil lo relativo al sexo, pueden obtener el trato respectivo.

Universidad Nacional de Colombia. Escuela de Estudios de Género

9. La Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia estima que la pretensión de la demanda en cuestión es “totalmente razonable”, acorde con el marco internacional de los derechos humanos, y coherente con la jurisprudencia de la Corte sobre el tema, por lo cual se inclina por la declaración de inexecutable de las normas. Sostiene que un fallo receptivo de la presente demanda fortalecería la seguridad jurídica de las personas transgénero que se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad y contribuiría a la reducción de la discriminación de tal población. Señala que la Corte ha

llamado la atención, a través de su jurisprudencia, sobre la necesidad de combatir las formas de discriminación y de implementar mecanismos que protejan a las personas homosexuales y transgeneristas de la vulneración de sus derechos. Aduce que el auto reconocimiento de género debería ser suficiente para indicar la manera en la cual en la cual el Estado debe tratar a las personas no sólo en relación con el servicio militar, sino con la privación de la libertad y toda consideración administrativa en la que el sexo/género se considere importante para hacer alguna distinción de trato o deber. Así, afirma que en el tema tratado, el Ejército Nacional y toda institución involucrada en los trámites del reclutamiento y expedición de la libreta militar, deben actualizar rutas y procedimientos administrativos basados en la no discriminación y que consideren la situación específica de las personas transgénero.

10. Por lo anterior, en el caso específico del reclutamiento y la obtención de la libreta militar, afirma que es el Estado quien debe revisar y corregir todo proceder o requisito que vaya en contravía del marco constitucional y armonizar dichos procedimientos administrativos con la jurisprudencia sobre el reconocimiento de la identidad de género y de los derechos de las personas transgénero. Asimismo, indica que la sentencia T-476 de 2014 es claramente indicativa para resolver esta demanda, pues recuerda la necesidad identificada por la Corte de que exista una ley de identidad de género que aclare de manera definitiva la situación de este grupo poblacional. Finalmente, dice que una sentencia de la Corte que admita positivamente la pretensión de los actores, podría contribuir a fortalecer un ambiente más equitativo con las personas transgénero y a mejorar las condiciones de desigualdad y violencia que se presentan. Señala el interviniente que la Corte Constitucional se ha pronunciado además en repetidas oportunidades sobre el tema de igualdad de género, orientación y diversidad sexual e identidad de género en diversas sentencias como la C-09S de 1996, la SU- 337 de 1999, T-551 de 1999, la C-507 de 1999 y la T-1096 de 2004, entre otras, en las cuales ha establecido la necesidad de implementar mecanismos de protección de los derechos de las personas transgeneristas y homosexuales, y ha señalado a los derechos referidos como condiciones de autonomía protegidas en la Constitución.[5]

11. Por último, señala que algunas personas no se identifican con el sexo biológico que les fue asignado al nacer, y esto ocurre de distintos modos y en diversos grados: “[a]lgunas personas se identifican con el sexo opuesto a aquel que les fue asignado y pueden tener

comportamientos y sensibilidades usualmente atribuidos al otro sexo (como se supone por ejemplo a la hora de distinguir quien debe prestar el servicio militar obligatorio); otras personas optan por hacerse diversas intervenciones corporales, tratamientos hormonales e incluso cirugías que modifican su genitalidad. Otras más no se autoidentifican ni como hombres ni como mujeres sino como personas “trans”, usando esa u otras formas de nombrarse”. En estas condiciones, el auto reconocimiento de cada individuo debería ser suficiente para indicar al Estado la manera en que debe tratarlo, no solo respecto al ejercicio del servicio militar sino también respecto a otros aspectos de carácter administrativo en la que el sexo sea relevante para ejercer alguna distinción sobre la persona.

“En el tema aquí tratado, el Ejército Nacional y toda institución involucrada en los trámites de reclutamiento y expedición del documento de libreta militar, como instituciones que hacen parte del Estado deben actualizar rutas y procedimientos administrativos basados en la no discriminación y que consideren la situación específica de las personas transgénero v, en todo caso, deben suscribirse al marco general de derechos humanos. En el caso específico del reclutamiento y la obtención administrativa de la libreta militar el Estado debe revisar y corregir todo proceder o requisito que vaya en contravía del marco constitucional y específicamente armonizar dichos procedimientos administrativos con la jurisprudencia sobre el reconocimiento de la identidad de género y de los derechos de las personas transgénero”.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

12. El Procurador General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional estarse a lo resuelto en el expediente D-10628 o, si ello no fuera procedente, declarar exequible la norma demandada. El Jefe del Ministerio Público considera de forma principal que en el presente proceso la Corte deberá estarse a lo resuelto en la sentencia que decidió el proceso radicado D-10628, y respecto del cual rindió el concepto 5904 del 24 de abril de 2015. En ese contexto, precisamente la Procuraduría sostuvo que las disposiciones ahora nuevamente acusadas son respetuosas de la Carta Política por cuanto no existe una obligación constitucional de brindar a las personas un tratamiento diferencial fundado en la ideología de género en relación a la prestación del servicio militar obligatorio y, por el contrario, es constitucionalmente admisible asignar dicha obligación en relación a la

dimensión sexuada de la especie humana. Sin embargo, en caso de que por alguna razón la Corte Constitucional considere que en este caso sí debe pronunciarse de fondo, aquí se le solicitará que declare la exequibilidad de las disposiciones demandadas.

13. Dice el Procurador General de la Nación que, en su concepto, la demanda supone que las normas acusadas obligan a un grupo –el de los transgeneristas- a someterse a las categorías de varón y mujer para definir su situación militar. Frente a esta situación señala que cuando el Congreso establece la obligatoriedad del servicio militar, acudiendo al criterio del sexo, el criterio de diferenciación es “un asunto biológico objetivo, y no una referencia la psicología, a la autonomía, o a ciertas características sociales de lo ‘varonil’”. Por lo mismo, si con la palabra “varón”, empleada por la Ley, se hiciera referencia a “un prototipo ‘varonil’ de persona [...], sería forzoso concluir que el servicio militar resultaría conminable a las mujeres fuertes, altas y poco sentimentales, y por su parte, deberían estar exentos de éste los hombres débiles, bajos y más tendientes al sentimentalismo”. Esta consecuencia le resulta inaceptable, y por lo mismo sostiene que “el criterio de comparación no puede ser lo que socialmente se entiende como ‘varonil’, sino simplemente la pertenencia biológica al sexo masculino”. En consecuencia, “si la Corte estima que la elección del sexo debe asimilarse a los elementos autonomistas de identificación de género y no el criterio biológico, lo que resultaría inconstitucional no es lo formulado por el actor sino la distinción general de varón y mujer hecha en la Ley, y debería acudirse a otros criterios como la estatura o la fuerza personal para excluir del servicio militar a los hombres y mujeres que no los cumplan”.

14. En contraste, precisamente por cuanto el parámetro de comparación no resulta ser en su criterio el de varonil, sino la mera pertenencia a un sexo biológico específico (existiendo a su juicio únicamente dos: el masculino y el femenino), los grupos a comparar en el juicio de igualdad propuesto, esto es, hombres transexuales y hombres cis-sexuales, se encuentran en la misma situación fáctica o son iguales, y por ello se respeta la Constitución cuando se les otorga el mismo trato con respecto al servicio militar obligatorio. Adicional a esto, afirma el Ministerio Público, no se advierte en el orden constitucional ningún mandato de asumir como parámetro de constitucionalidad la “orientación sexual” de las personas o la llamada “identidad de género”. Aún más, considera que el ordenamiento constitucional asume la categoría del sexo biológico como parámetro y criterio para regular asuntos tan relevantes como la familia, la prohibición de la discriminación y la igualdad de derechos y

oportunidades, entre otros. A su juicio, la argumentación con la cual las demandantes pretenden fundar su reproche contra las normas cuestionadas solo sería válida y pertinente en el evento de que se aceptaran y demostraran premisas que son propias del discurso político-jurídico de la ideología de género, la cual no es más que una pseudoteoría con pretensiones de cientificidad que sostiene que las diferencias entre el varón y la mujer, a pesar de las obvias diferencias genéticas, anatómicas y psicológicas, no están determinadas necesariamente por el sexo biológico, de tal manera que la naturaleza hace a unos seres humanos varones y a otros mujeres.[6]

15. Concluye que en las normas demandadas no se advierte una omisión de la cual, a su turno, se derive un trato discriminatorio injustificado. Por tanto, la Corte Constitucional no está obligada a restringir la libertad de configuración del Legislador incluyendo como beneficiarios de la excepción prevista en la ley, a un determinado grupo de personas que únicamente por sus propias consideraciones y preferencias subjetivas se consideran excluidas o ajenas al criterio de distinción utilizado en las normas demandadas que se encuentran en perfecta armonía con el ordenamiento jurídico superior.

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Carta.

Examen de aptitud de la acción pública. Condiciones mínimas para provocar un fallo de fondo

2. En este proceso Dejusticia, PAIS y Colombia Diversa consideran que la acción pública carece de aptitud para promover un juicio de fondo sobre las normas demandadas, toda vez que en su concepto no es clara, ni parte de una interpretación cierta, no sus argumentos de inconstitucionalidad son específicos y suficientes. La Sala coincide parcialmente con estas intervenciones. Para mostrarlo, es preciso reiterar que el Decreto 2067 de 1991 -“Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”-, en su artículo 2º prescribe que la demanda debe, como mínimo: (i) señalar las normas acusadas como inconstitucionales; (ii) identificar las

disposiciones constitucionales que se consideran infringidas; y (iii) exponer las razones que sustentan la acusación. En cuanto al cumplimiento de este último punto, la jurisprudencia ha señalado que solo se verifica cuando se logra hacer explícito un concepto de la violación con razones claras,[7] ciertas,[8] específicas,[9] pertinentes[10] y suficientes.[11]

3. En el presente caso, la Corte observa que la acción pública no es clara. Para empezar, las accionantes no precisan razonablemente cuál es el sentido de las normas demandadas que consideran inconstitucional. Esto se debe, por una parte, a que no dedican un espacio de su escrito a exponer y justificar razonablemente cuál es su interpretación de la ley en materia de prestación del servicio militar de las personas trans, y por lo mismo la demanda es en ese sentido imprecisa. Ciertamente, en un par de ocasiones, se enuncian –sin argumentos que las sustenten– dos interpretaciones de la ley. Así, en un segmento inicial, las demandantes dicen que la ley es inconstitucional, pues trata a las mujeres trans como si fueran varones, y les impone “el cumplimiento del servicio militar obligatorio por el simple hecho que su sexo biológico no concuerde en algunos casos con la identidad de género”. Como se observa, pareciera entonces que a juicio de las accionantes la Ley sí regula el servicio militar de las mujeres trans, pero de un modo inconstitucional pues les da tratamiento de varones. Sin embargo, luego afirman que en realidad lo que habría es un “vacío de la legislación” en lo atinente al servicio militar de las personas trans, y por ende tratan después de construir sus cargos como una “omisión legislativa”.[12] Esas dos interpretaciones no son consistentes, sino incompatibles, y por serlo la acción pública no tiene un grado suficiente de inteligibilidad. Finalmente, cuando las ciudadanas intentan mostrar que hay una violación de la Constitución, no es claro si lo inconstitucional es el trato que deben recibir todas las personas trans o solamente las mujeres trans, y por tanto el objeto del proceso es definido en la acción de un modo vago y oscuro.

4. En segundo lugar, ninguno de los dos entendimientos de las normas, postulados por las demandantes, es cierto. Más allá de que –como lo señalan Dejusticia y Colombia Diversa– en la práctica las personas trans puedan experimentar problemas en la definición de su situación militar en razón de la discordancia entre su identidad de género y su sexo biológico, la ley demandada no es la causa de esos problemas, pues no es ambigua, ni vaga, ni presenta un vacío de regulación en lo que se refiere al tratamiento de las mujeres trans. La Ley prevé expresamente que “la mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno

Nacional lo determine [...]”. Como se aprecia, la Ley habla en general y sin distinciones de “la mujer”, sin establecer discriminaciones por motivos de raza, opinión política o filosófica, origen nacional, o por el género o sexo que a la mujer le fue asignada al nacer, y por lo tanto incluye tanto a las mujeres cisgénero como a las transgénero. Esto es, por lo demás, lo que ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la sentencia la sentencia T-099 de 2015, debía decidir la tutela interpuesta por una mujer transgénero a quien el Ejército consideró como obligada a definir su situación militar, pues la clasificaba como varón. La Corte tuteló los derechos de la mujer y señaló que conforme a la Constitución, pero también de acuerdo con el texto mismo de la Ley demandada, las mujeres transgénero no son destinatarias del servicio militar obligatorio aplicable a los varones:

“En efecto, las mujeres transgénero que se auto reconocen plenamente como tales, por ser mujeres, no están sujetas a las obligaciones legales dirigidas a los varones derivadas de la Ley 48 de 1993. Aceptar que son destinatarias de esta ley generaría un trato diferenciado basado en estereotipos de género, como consecuencia de partir de la identidad de género, que es parte fundamental de su proyecto de vida. La actora, como mujer transgénero, al igual que cualquier mujer cisgénero, no es destinataria de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio y el ordenamiento jurídico no le impone reportarse ante las autoridades militares para prestar su servicio o solicitar la expedición de la libreta en las condiciones señaladas por la ley. En ese sentido se revocará parcialmente el fallo de instancia y se ordenará a la autoridad militar cesar cualquier procedimiento que haya iniciado tendiente a la entrega de dicho documento (...) En consecuencia, la Sala no inaplicará las normas sobre la materia, sino que declarará que la señora Gina Hoyos Gallego no es destinataria de las obligaciones que genera la conscripción en Colombia, y que solo van dirigidas a los varones, en razón de que reconoce de manera autónoma y plena que su identidad de género es la de una mujer”.

5. Más recientemente, en la sentencia C-584 de 2015, la Sala Plena de esta Corporación debía resolver una acción pública que, en lo relevante, era parcialmente igual a la presente. En ese caso, la demanda también sostenía que en la Ley 48 de 1993 había una omisión legislativa, ya “que la expresión ‘varones’ y ‘mujeres’ de las normas, excluyen a las personas transgénero” y, por lo mismo, en concepto de quien entonces obraba como accionante la situación de las personas trans, y en especial la de las mujeres, no estaba regulada en la Ley. La Corte señaló, sin embargo, que según el texto de la Ley y la

jurisprudencia constitucional dichas expresiones no están relacionadas con el sexo biológico que se les asigna a las personas al nacer, sino con la “construcción identitaria” y autónoma que cada uno hace de su propio género. Por lo mismo, consideró que la acción pública no era apta para provocar un juicio de fondo y, en consecuencia, decidió inhibirse, toda vez que en realidad cuando la Ley habla de mujer se refiere indistintamente a la mujer transgénero y a la mujer cisgénero. Dijo entonces al respecto:

“[...] la Sala considera que el demandante no explica porque el Legislador debe incluir el concepto transen las normas relativas a las obligaciones generales que tienen todos los hombres frente al sistema de reclutamiento y conscripción obligatoria en Colombia. Esto, toda vez que las Salas de Revisión han dicho también que así como la expresión “mujer” debe extenderse a las personas transexuales, la expresión “varón” no incluye a aquellas ciudadanas a las que le fue asignada el sexo masculino al nacer pero que se autoreconocen plenamente como mujeres. Nuevamente, se observa como el actor no cumplió con una carga argumentativa mínima y suficiente que le permitiera a la Corte entrar a evaluar de fondo la constitucionalidad de las normas demandadas”.

6. Como se mostró, la acción pública sostiene por una parte que el legislador le da a la mujer trans el tratamiento de un varón cisgénero. Sin embargo, la jurisprudencia citada indica que tanto la Constitución como la ley le confieren el trato de mujer. Por otra parte, la demanda aduce que se incurrió en una omisión legislativa relativa, por no haber regulado la situación de las mujeres trans o, más en general, de las personas trans. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que para plantear una omisión legislativa relativa es preciso mostrar, entre otros elementos, “(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado”.^[13] En este caso, sin embargo, las demandantes afirman que las disposiciones acusadas excluyen de sus consecuencias jurídicas a las mujeres trans, o más ampliamente a las personas trans, aunque se advierte que no es esto lo que establece la Ley. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que en materia del servicio militar las mujeres trans deben ser tratadas como lo que son; es decir, como mujeres. Esta no es solo una consecuencia de sus derechos constitucionales, sino del texto mismo de la Ley. Esta jurisprudencia fue expresamente citada por las accionantes, pero luego se abstuvieron de tenerla en cuenta al exponer los argumentos de su demanda y, en especial, al enunciar el

entendimiento de las disposiciones legislativas que consideraban inconstitucional. Por lo tanto, cuando en la presente acción pública las demandantes sostienen que las normas legales censuradas son contrarias a la Constitución, bien porque en su opinión les dan a las mujeres trans el trato de varones, o bien porque desde su punto de vista no regulan su situación particular, en realidad dirigen sus cuestionamientos contra proposiciones que no se infieren del texto legal, ni de su contexto de interpretación, y por ende la demanda carece de certeza.

7. En vista de que la acción carece de claridad y certeza, la Corte se inhibirá.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo acerca de la constitucionalidad de los artículos 10, 14 (parcial), 23, 24 y 25 (parcial) de la Ley 48 de 1993, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta (E)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA C-006/16

SOBRE MUJERES TRANS Y LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR CON PONENCIA DE LA MAGISTRADA MARIA VICTORIA CALLE CORREA.

DEMANDA SOBRE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-Decisión inhibitoria desconoce principio pro actione y desaprovecha oportunidad para pronunciarse sobre cuestión de trascendencia constitucional frente a población discriminada (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-Decisión anti técnica al utilizar como precedente decisión inhibitoria que no puede dar lugar a cosa juzgada y decisión de tutela con situaciones factico jurídicas diferentes a las del caso concreto (Salvamento de voto)

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carácter público (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-Cargo centra gravedad en que mientras la Fuerza Pública use como referente para aplicar la ley el sexo inscrito en los documentos de identidad existirán dificultades para las mujeres trans (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-Norma hace relación a expresiones “varón” y “mujer” sin incluir las palabras transgenerista o transexual (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA-Interpretación de la palabra “mujer” incorporándole un sentido no solo de sexo sino de género (Salvamento de voto)

NORMA SOBRE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-No es dado concluir que exista absoluta claridad interpretativa que incluya en la palabra “mujer” un concepto de género ampliado a todas las personas trans o mujeres trans (Salvamento de voto)

NORMA SOBRE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-Desestimar demanda por falta de claridad y certeza

desconoce labor del Juez Constitucional de proferir fallo de fondo para resolver problemas jurídicos planteados de manera suficiente y amplia (Salvamento de voto)

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Concepto (Salvamento de voto)/SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Características (Salvamento de voto)

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Mandato constitucional (Salvamento de voto)/NORMA SOBRE SERVICIO DE RECLUTAMIENTO Y MOVILIZACION-Exclusión del servicio militar obligatorio para las mujeres (Salvamento de voto)

EXCLUSION DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO PARA LAS MUJERES-Jurisprudencia constitucional (Salvamento de voto)

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Diferenciación basada en el sexo hombre - mujer es perfectamente válido (Salvamento de voto)

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Diferencia entre sexo y género y su relevancia para la prestación del servicio (Salvamento de voto)

PERSONAS TRANSGENERO O PERSONAS CISGENERO-Correspondencia del sexo con la identidad de género (Salvamento de voto)

SEXO-Concepto diferente del género (Salvamento de voto)

GENERO O IDENTIDAD DE GENERO-Refiere los roles que los estándares culturales asignan a cada sexo (Salvamento de voto)

SEXO-Característica de identificación de los ciudadanos y criterio de aplicación de las normas (Salvamento de voto)/SEXO-Carácter biológico y psicológico (Salvamento de voto)

PERSONAS CON IDENTIDAD DE GENERO U ORIENTACION SEXUAL DIVERSA-Necesidad de propugnar por el respeto y garantía de sus derechos (Salvamento de voto)/PERSONAS CON IDENTIDAD DE GENERO U ORIENTACION SEXUAL DIVERSA-No puede equipararse protección que derecho da a la mujer y extenderse a personas con identidad de género femenino que no hayan cambiado su sexo en el registro sin analizar compatibilidad de razones que

fundamentan esta protección (Salvamento de voto)

PROTECCION JURIDICA DE LAS MUJERES EN RAZON DE SU SEXO-Ambito internacional (Salvamento de voto)/PROTECCION JURIDICA DE LAS MUJERES EN RAZON DE SU SEXO-Criterio prohibido de discriminación "sexo" de convenciones de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad (Salvamento de voto)

PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Es el sexo mujer el que queda exento de la obligación (Salvamento de voto)

AUTODETERMINACION SEXUAL-Ejercicio en virtud del sexo psicológico que persona toma decisión de representarse socialmente como mujer y mantener en el registro su sexo masculino (Salvamento de voto)/AUTODETERMINACION SEXUAL-Estado no puede obligar a las personas que cambien su sexo en sus documentos pero tampoco puede quedar sometido a la indeterminación en la identificación de las personas dando lugar a abusos, fraudes o discriminaciones (Salvamento de voto)

SEXO-Criterio en el registro civil (Salvamento de voto)

IDENTIDAD DE GENERO-Imposibilidad jurídica para determinarla por medios objetivos abriría brecha de discriminación o inseguridad jurídica (Salvamento de voto)

SEXO-Hace parte del estado civil y se expresa en los documentos de identidad que simplifican la identificación y aplicación de normas (Salvamento de voto)

NORMA SOBRE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS FRENTE AL ESTADO CIVIL-Demanda refiere necesidad de flexibilizar trámite de corrección del registro cuando sexo oficial no coincida con el real (Salvamento de voto)

REGISTRO CIVIL-Precedente en sentencia T-099 de 2015 sobre cambio de sexo de mujer transexual y modificación de su identidad o sexo en los documentos de identidad (Salvamento de voto)

REGISTRO CIVIL-Precedente en sentencia T-063 de 2015 sobre dificultades para acceder a la corrección del sexo (Salvamento de voto)

REGISTRO CIVIL-Precedente en sentencia T-063 de 2015 sobre adecuación de la vía notarial para corrección de sexo (Salvamento de voto)

REGISTRO CIVIL-Término “trans” o “transexual” no tiene implicaciones jurídicas ni es válido que se hagan clasificaciones que puedan dar lugar a diferencias innecesarias (Salvamento de voto)

SEXO-Importancia del criterio en el registro civil (Salvamento de voto)

NORMA SOBRE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS FRENTE AL ESTADO CIVIL-Demanda estipula distinción entre “varón” y “mujer” (Salvamento de voto)

PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Se concluye que características individuales que dan lugar a la activación de la obligación se refieren al sexo y edad (Salvamento de voto)

PERSONAS DISCRIMINADAS O EXCLUIDAS EN EL AMBITO INTERNACIONAL-Condiciones de edad, nacionalidad y sexo tienen repercusiones jurídicas y diferentes tratos en materia de derechos (Salvamento de voto)

PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Corte debió pronunciarse en el sentido que norma al incorporar la expresión “mujer” para dar trato preferencial no excluye ni discrimina a mujeres transgénero/transexuales (Salvamento de voto)

NORMA SOBRE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-No es procedente adelantar examen de igualdad al no existir trato diferenciado entre mujeres trans o bisexuales (Salvamento de voto)

EXCLUSION DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO PARA LAS MUJERES-Están fuera del beneficio normativo y por tanto obligadas a regularizar su situación militar quienes estén identificados en el registro y sus documentos de identidad con el sexo “masculino” (Salvamento de voto)

SERVICIO MILITAR-Deber constitucional de aplicación general con carácter perentorio (Salvamento de voto)

PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-Corte debió manifestar que la clasificación de individuos por su sexo en el registro civil es válido, objetivo y necesario (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-10837

Problema jurídico: ¿Existe discriminación para las mujeres trans por no estar incluidas expresamente en la excepción para las mujeres respecto de la obligación de prestar servicio militar que hace el Parágrafo del Art.10 de la Ley 48 de 1993?

Motivo del salvamento: estoy en desacuerdo con la decisión por las siguientes razones: (i) Al tomar una decisión inhibitoria en este caso, la Corte desconoció el principio pro actione y desaprovechó la oportunidad para pronunciarse sobre una cuestión de trascendencia constitucional, (ii) la decisión es anti técnica, pues utiliza como precedente las consideraciones de una decisión inhibitoria -que en ningún caso puede dar lugar a cosa juzgada-, así como las consideraciones de una decisión de tutela, dictada bajo situaciones factico jurídicas diferentes a las del caso concreto; (iii) La parte considerativa de la sentencia genera un vacío normativo y resta eficiencia a una decisión anterior de la Corte Constitucional.

Antecedentes. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Daniela Lucia Barros Ayazo y Geraldín José Hernández González demandaron la constitucionalidad de los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993 “Por medio de la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización”, por considerar que vulneran los artículos 13, 16 y 25 de la Constitución Política de Colombia, al no incluir la expresión “Mujeres Trans” como beneficiarias de la posibilidad de ingresar al servicio militar de forma voluntaria y no obligatoria, a pesar de que la jurisprudencia de la Corte, en casos de tutela había resuelto que se debía entender que el término mujer incluía a las mujeres trans.

Salvo el voto en la decisión de la Sentencia C-006 de 2016 sobre el expediente D-10837, por las siguientes razones: 1) Al tomar una decisión inhibitoria en este caso, la Corte desconoció el principio pro actione y desaprovechó la oportunidad para resolver una cuestión de relevancia constitucional frente a una población históricamente discriminada. 2) La parte considerativa de la sentencia genera un vacío jurídico y resta valor a una decisión

anterior de la Corte Constitucional, en el cual, por considerar trascendental para el ejercicio de los derechos individuales y para la seguridad jurídica la información contenida en el Registro Civil y los documentos de identificación, se flexibilizó el procedimiento para la corrección del sexo en el Registro, cambiando las circunstancias que habían dado lugar a las reclamaciones y a la jurisprudencia en materia de reconocimiento de derechos a las personas Trans.

LA SENTENCIA ANALIZADA

En la sentencia C-006 de 2016 la Corte Constitucional se declaró inhibida para resolver el asunto planteado por las demandantes bajo la consideración de que la demanda no cumple con los requisitos de aptitud exigidos, en particular para la demostración de una supuesta omisión legislativa relativa. Fundamentalmente, el pilar de la decisión es el incumplimiento del requisito de certeza fundamentalmente porque, según la sentencia “la demanda desconoció los avances jurisprudenciales en la materia, que reconocen expresamente, que las mujeres transgénero no son destinatarios de las normas sobre servicio militar obligatorio y que, bajo el principio de autonomía y libre desarrollo de personalidad, el auto reconocimiento es suficiente para ser exoneradas de los avances jurisprudenciales sobre servicio según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 48 de 1993. ”

No estoy de acuerdo con la decisión mayoritaria de la Sala y al respecto, me permito exponer con mayor amplitud los argumentos anunciados.

1. EL DESCONOCIMIENTO DE LA FUNCIÓN DE LA CORTE Y EL PRINCIPIO PRO ACTIONE.

1.1. Al tomar una decisión inhibitoria la Corte desconoció el principio pro actione, y desaprovechó la oportunidad para pronunciarse sobre cuestiones de trascendencia constitucional, como lo son (i) el valor jurídico del criterio “sexo” en el Registro civil y en los documentos de identificación, (ii) los derechos de una población que se encuentra en situación de vulnerabilidad y que ha sido objeto de constantes exclusiones y discriminaciones, y (iii) un tema de gran importancia para el Estado Social de Derecho como lo es el Servicio Militar y por lo tanto, la necesidad de resolver el problema jurídico expuesto por los accionantes, y dejar plena claridad sobre un asunto que ha sido objeto de distintas acciones de tutela y respecto del cual existe actualmente una variación importante de las condiciones jurídicas.

Cabe recordar a que al respecto esta misma Corte ha dicho que “(...) este principio tiene en cuenta que la acción de inconstitucionalidad es de carácter público, es decir abierta a todos los ciudadanos, por lo que no exige acreditar la condición de abogad; en tal medida, ‘el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo “.

Contrario a esto, el proyecto aprobado por mayoría en Sala plena de esta corporación, desestima la demanda argumentando la falta de claridad y certeza en la demanda. Interpretación que no comparto por las siguientes razones:

(i) El cargo tiene su centro de gravedad en el hecho de que mientras la Fuerza Pública siga usando como referente para la aplicación de la Ley el sexo inscrito en los documentos de identidad, seguirán existiendo dificultades para las mujeres trans. Dicho esto, la Corte encuentra que el escrito logra cumplir con el requisito de claridad, en la medida en que se puede identificar un problema jurídico concreto.

(ii) En cuanto al requisito de certeza, las normas demandadas en efecto hacen relación expresa a las expresiones “varón” y “mujer”, sin incluir las palabras transgenerista o transexual, lo que, para los demandantes constituye el problema jurídico que afectaría los derechos fundamentales contenidos en los artículos superiores 13, 16 y 25. En ese sentido, existe certeza de que las proposiciones jurídicas demandadas son reales y existentes.

(iii) Aunque bien podría argumentarse y así lo hacen algunos de los intervinientes, que la supuesta contradicción no nace del sentido literal de la norma sino de la interpretación subjetiva del demandante, lo cierto es que, para el caso concreto, la palabra “mujer” contenida en el párrafo del artículo 10 de la ley demandada ha requerido justamente de una compleja interpretación por parte de la Corte Constitucional en algunas decisiones de tutela, donde le ha incorporado un sentido no solo de sexo sino de género. Pero las razones que dieron lugar a ello están por fuera de la literalidad de la norma, por lo que, dada la complejidad del asunto y las variaciones de circunstancias en la normatividad, no sería dado concluir que exista una absoluta claridad interpretativa que incluya en la

palabra “mujer” de la ley, un concepto de género ampliado a todas las personas trans o mujeres trans, sino que por el contrario, resulta oportuno y adecuado que la Corte analice la palabra inscrita en la ley impugnada a la luz de la normatividad actual.

De manera que desestimar la demanda por las razones expuestas en la Sentencia, desconoce la labor del Juez Constitucional de proferir un fallo de fondo para resolver los problemas jurídicos planteados en la demanda de manera suficiente y amplia, y no convertirse en una jurisdicción vedada que establezca exigencias demasiado rigurosas a los ciudadanos. El fallo inhibitorio en la presente ocasión, contraría la razón de ser de la Corporación.

2. LA DECISION GENERA UN VACIO JURIDICO

El asunto planteado en la demanda implica una gran complejidad para el Estado Social de Derecho planteado por la Constitución de 1991, y suponía el examen de varios de los elementos que se insertaban en el problema jurídico planteado, en particular, definir si la exclusión de la obligatoriedad para las mujeres de la prestación del servicio militar obedece a un criterio de género o de sexo y en razón de ello, si las mujeres trans, habida cuenta de las nuevas condiciones de ajuste del sexo en el Registro, podrían considerarse discriminadas con la redacción de la norma.

A continuación expongo las consideraciones que, a mi parecer, debieron hacer parte de la decisión sobre el asunto.

2.1. LA EXCLUSIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO PARA LAS MUJERES

2.1.1. El Servicio Militar Obligatorio

La Corte Constitucional ha definido el servicio militar obligatorio como “un deber de estirpe constitucional, de aplicación general y con carácter perentorio, salvo las excepciones que fije el ordenamiento jurídico”[14].

Conforme fue recapitulado por esta Corporación en la sentencia C-561 de 2005[15], la interpretación constitucional del servicio militar obligatorio tiene las siguientes características:

(i) No es una simple imposición, sino que se trata de una consecuencia natural y necesaria de la prevalencia del interés social sobre el privado, así como de las justas prestaciones que la vida en comunidad exige de cada uno de sus miembros.

(iii) El servicio militar obligatorio es una carga social que irroga beneficios generales y, por ende, está vinculada al cumplimiento del fin social del Estado del logro del bienestar general, “responde, sin lugar a dudas, a una concepción del Estado moderno y contemporáneo, que al tiempo que rodea de garantías al hombre para su realización en los distintos ámbitos de su existencia, le encarga, en la dimensión de los deberes autoconstructivos, de las cargas de auto beneficio, del cumplimiento de un conjunto de deberes, la mayoría de los cuales con alcances solidarios, cuando no de conservación de los principios de sociabilidad, que permitan realizar una civilización mejor o hacer más humanos los efectos del crecimiento económico, y de los desarrollos políticos y sociales “[16].

Por expreso mandato constitucional, (216 C.N) se impone la obligación general de todos los colombianos de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. Por otra parte, la norma constitucional difiere al legislador la determinación de las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar, así como de las prerrogativas por la prestación del mismo. En ejercicio de esta reserva de ley prevista en la Constitución, fue adoptada la Ley 48 de 1993, que regula el servicio de Reclutamiento y Movilización, creando desde su artículo 10 una regla general de excepción del Servicio Militar Obligatorio para las mujeres.

2.1.2. La razonabilidad de que las mujeres estén exentas de prestar el Servicio Militar Obligatorio.

2.1.2.1. En la Sentencia C-511 de 1994[17] le correspondió a la Corte pronunciarse respecto de la exequibilidad de la obligación del servicio militar para los varones, lo cual dio lugar a pronunciarse sobre la validez de la norma que incluye la excepción para las mujeres. En esa ocasión, la corte estableció que:

Aun cuando el párrafo del artículo 10 no ha sido objeto de la demanda, se detiene la Corte para fijar el alcance de la expresión “varón” del inciso lo. del precepto bajo examen y sus connotaciones con el fundamental derecho a la igualdad (artículo 13 de la CP.). Se

dispone allí que la mujer prestará el servicio militar “voluntario”, lo que le abre en condiciones ordinarias, a la libre participación en la actividad implícita en ese servicio, lo que no quiere decir, que se le libere, en la lógica del precepto, del cumplimiento “obligatorio” del mismo en determinadas condiciones, cuando “las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que atribuyan a la modernización y al desarrollo del país “....no importando la modalidad en que se preste el servicio, de acuerdo con el artículo 13 de la ley. Esta distinción esencial hombre mujer, tiene relación adicional con cierta tradición de los oficios, que al presente, tiene por mejor habilitados a los varones para el desempeño de las labores de la guerra, y, consulta elementos culturales relacionados con la educación, especialmente física, de la mujer en nuestro medio, no resultando esta distinción violatoria de los deberes dispuestos de manera amplia en la Carta para la “persona” y “el ciudadano” (art. 95), si no, más bien un desarrollo legislativo que facilita su cumplimiento en las determinadas áreas objeto de la ley. Por las mismas razones no puede resultar contraria la norma examinada a la igualdad de “derechos” y “oportunidades” a que se refiere el orden superior (artículo 43) por cuanto de los primeros no se ocupa directamente, y a las segundas las deja incólumes (inciso final art. 40 ibidem).

En dicha decisión, la Corte decide hacer alusión a la necesidad de adelantar acciones afirmativas a favor de las mujeres, basado en la existencia de circunstancias sociales desiguales que surgen como obstáculos a la igualdad sustancial. Dice la Corte:

“el tratamiento jurídico de la discriminación sexual no puede ignorar una realidad social que, según los datos contenidos en esta providencia, se muestra claramente distante de la igualdad, y que, por lo mismo, amerita la adopción de medidas positivas favorables a la población femenina trabajadora y dirigidas a promover la mejor participación de las mujeres en el mundo laboral y a compensar los efectos nocivos de esa realidad social generadora de una desigualdad, que no es introducida por normas como las acusadas sino que preexiste, en cuanto anterior a las mismas. La previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada.

El principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos y en especial a la rama legislativa, cuya actuación queda entonces sometida a un control de constitucionalidad que debe tomar en cuenta la igualdad como parámetro para enjuiciar la correspondencia de las leyes con el Estatuto Superior. El legislador, en consecuencia, está obligado a observar el principio, de modo que las diferencias normativas por él establecidas encuentren un fundamento justificado y razonable y por otra parte, se orienten a la consecución de un fin constitucionalmente lícito. Empero, el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte, si bien comporta un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas, implica, en un plano adicional, el otorgamiento de relevancia jurídica a las diferencias sociales de las mujeres para elevar su condición mediante la adopción de una medida compensatoria de las dificultades que enfrentan en virtud de su vinculación al mercado laboral; aspecto este último que se ubica dentro de la perspectiva de la igualdad sustancial que, acorde con los postulados del Estado Social de Derecho, no se detiene en la mera función de garantía o tutela sino que avanza hacia una función promocional que se realiza normalmente a través de medidas positivas en favor de grupos sociales discriminados o marginados. Proceder de manera neutral ante la realidad social entrañaría el desconocimiento de los valores, principios y fines que la Constitución consagra, abandonar la búsqueda de una sociedad justa, respetuosa de la dignidad humana y vaciar de todo contenido las normas constitucionales que prohíben la discriminación de la mujer y que disponen su especial protección (arts. 43 y 53). “[18]

Por lo tanto para la Corte, el establecer una diferenciación para la obligatoriedad del servicio militar basada en el sexo (hombre - mujer) es perfectamente válido.

2.1.2.2. Sin duda en esta década sería errado sostener que existen diferencias físicas entre los sexos que hacen incompatible el ejercicio de ciertas labores para mujeres u hombres. De hecho, por el contrario, específicamente en el campo de la Fuerza Pública, se ha visto acrecentar el número de mujeres que participan en las instituciones, y es motivo de orgullo que algunas de ellas, ocupen los cargos de mando, que habían sido tradicionalmente reservados a los varones.

Pese a ello las circunstancias de desigualdad social y de exclusión y discriminación contra las mujeres persisten y hacen necesario adelantar medidas afirmativas para lograr un desbalance jurídico que contrarreste el desequilibrio social.

2.1.2.3. Según las más recientes cifras del DAÑE, el desempleo afecta casi en el doble (11.7%) a mujeres que a hombres (6.8%)[19]. La inequidad en el empleo entre hombres y mujeres sigue siendo una realidad. El Servicio Militar Obligatorio implica una suspensión temporal de la posibilidad de seguir capacitándose o de iniciar la inserción laboral. Además la obligatoriedad del servicio y el requerimiento de la Libreta Militar implican una barrera adicional para acceder posteriormente al empleo, de forma tal que la no obligatoriedad del servicio para las mujeres es una ventaja para impulsar el equilibrio en el acceso al empleo entre hombres y mujeres.

2.1.2.4. Sumadas a las razones de promoción de la mujer en la inserción laboral y de compensación frente a las desigualdades sociales entre los sexos, es muy relevante tener en cuenta que las mujeres han sido las más afectadas por el conflicto armado en Colombia. No solo son víctimas de los mismos delitos que los hombres, sino que además, en razón de ser mujeres, son víctimas agravadas de violencia y especialmente de violencia sexual[20]. En ese sentido, el Estado Colombiano tiene una deuda histórica con las mujeres y una mínima medida de protección, es hacer voluntaria la participación de las mujeres en el servicio militar.

2.1.2.5. Es claro que la medida positiva en favor de las mujeres, que les permite acceder a la prestación del servicio militar de forma voluntaria y no obligatoria es una medida válida y compatible con el derecho constitucional colombiano. Pero es importante resaltar que de ninguna manera dicha medida se fundamenta en que el trabajo en las labores propias de las entidades de la Fuerza Pública sea incompatible con el hecho de ser mujer, pues como ya se explicó, ese es un paradigma discriminatorio que se ha procurado extinguir en la última década. Se trata de favorecer a las mujeres que por razón de su sexo, han sido victimizadas con mayor intensidad por el conflicto, son sujeto de discriminación en el acceso al trabajo y en general, han sido objeto de una carga de inequidad social.

2.2. LA DIFERENCIA ENTRE SEXO Y GÉNERO Y SU RELEVANCIA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR.

2.2.1. Hay una diferencia importante entre dos categorías de clasificación de los seres humanos que pueden tener incidencia en el mundo jurídico: se trata del sexo y el género.

Según la OEA “La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como

un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el “Comité CEDA W”) ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas “[21].

2.2.2. En igual sentido, la Organización Mundial de la Salud – OMS estableció que: “El término género se utiliza para describir las características de hombres y mujeres que están basadas en factores sociales, mientras que sexo se refiere a las características que vienen determinadas biológicamente. “[22]

Esta clasificación implica que en razón del sexo, las personas se pueden distinguir entre hombres, mujeres e intersexuales. En el registro civil, en los documentos de identificación y para efectos legales, en Colombia se reconocen únicamente sexos femenino y masculino.

2.2.3. Cuestión diferente es la identidad de género, a la que los principios de Yogyakarta hacen referencia como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente 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 medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida).”

2.2.4. Según la correspondencia del sexo con la identidad de género, se puede hablar de personas transgénero o personas cisgénero. Al respecto esta corporación, citando los Principios de Yogyakarta ha sostenido[23]:

Las personas transgénero tienen una vivencia que no corresponde con el sexo asignado al momento de nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos es femenino, dicha persona generalmente se autorreconoce como una mujer trans. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia de la persona es masculina, dicha persona generalmente se autorreconoce (sic) como un hombre trans.

Las personas cisgénero tienen una vivencia que se corresponde con el sexo asignado al nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos, es masculina, dicha persona es un hombre cisgénero. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino, y la vivencia de la persona también es femenina, dicha persona es una mujer cisgénero.

2.2.5. Así pues, el sexo es un concepto diferente del género, en particular por el hecho de que el sexo biológico corresponde a elementos objetivos de las personas (genitales, hormonales, cromosómicos, etc.). Hoy además, se entiende que el sexo de las personas también implica un elemento psicológico y de hecho, la normatividad actual tiende a dar preponderancia a la identidad sexual como elemento determinante del sexo legal de las personas, por encima de los criterios biológicos.

2.2.6. Por otra parte el género o la identidad de género es una forma de expresión y vivencia que se refiere a los roles que los estándares culturales asignan a cada sexo. Tiene que ver con comportamientos, vestimentas y formas de exteriorización de la identidad y aunque puede estar ligado también con la identidad sexual, no necesariamente lo está.

2.2.7. Así tradicionalmente, dentro del grupo de personas transgénero se habla de personas transexuales para referirse a quienes les fue asignado un sexo biológico al nacer y luego, al tener una discrepancia entre su autodeterminación y su sexo biológico, llevan adelante un proceso de reafirmación sexual médico y/o jurídico hasta lograr la coherencia entre su cuerpo, su auto reconocimiento y su sexo legal.

2.2.8. El género y su identidad, están ligados a criterios subjetivos y se relacionan con la vivencia y expresión de las manifestaciones, funciones y atributos construidos socialmente sobre la mujer y el hombre, de tal forma que su determinación se basa en el autorreconocimiento y es un ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía individual.

2.2.9. Si bien existe una serie de teorías que sostienen la inconveniencia de mantener las clasificaciones binarias de hombre/mujer, masculino/femenino como referentes para la organización de las sociedades, y recomiendan la revaluación de estos conceptos para el reemplazo por categorías de orientación sexual e identidad de género que velan por la deconstrucción de las categorías clásicas y la eliminación de toda forma de clasificación, lo

cierto es que la diferenciación entre hombre y mujer sigue guardando enorme relevancia, fundamentalmente porque la protección efectiva de los derechos de las mujeres aún no ha logrado equipararse a la de los hombres y porque el enfoque diferencial implica tener en cuenta las diferencias para adaptar el derecho las necesidades y realidades propias de cada grupo, en este caso, de las mujeres.

2.2.10. Lo cierto es que hoy, para el Estado Colombiano, en virtud de la normatividad y de la jurisprudencia existente, el concepto de sexo como característica de identificación de los ciudadanos y criterio de aplicación de las normas, corresponde al sexo biológico y al sexo psicológico, dando prevalencia a este último, pues aunque el primero (biológico) es asignado por el médico en el momento del nacimiento del niño, el individuo puede ajustado a su realidad psicológica por un medio ágil y expedito.

En tal sentido, el concepto mismo de transexualidad tiene una connotación específica en Colombia, puesto que hoy es posible hacer la reafirmación del sexo legal, sin la necesidad de que se lleven a cabo las intervenciones médicas de reasignación sexual.

2.2.11. Por supuesto, la Corte debería ser consciente de la necesidad de propugnar por el respeto y garantía de los derechos de las personas con identidad de género u orientación sexual diversa, para evitar que ellas sean objetos de exclusión, discriminación o vulneración de su intimidad, pero no puede simplemente equipararse la protección que el derecho da a la mujer y extenderse a las personas con identidad de género femenino (que no hayan cambiado su sexo en el Registro) sin analizar la compatibilidad de las razones que fundamentan esta protección, pues en ciertas circunstancias, la medida afirmativa puede tener como criterio diferenciador el sexo y no el género.

2.2.12. Actualmente el criterio de protección jurídica de las mujeres en razón de su sexo está vigente, tanto a nivel interno como a nivel internacional. Las convenciones de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como el criterio prohibido de discriminación “sexo” de las diferentes convenciones de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad y por lo tanto obligan al Estado colombiano a adelantar las medidas necesarias para contribuir a la equidad, combatir la discriminación en todos los ámbitos y eliminar toda forma de violencia dirigida contra la mujer.

2.2.13. En lo que se refiere a la prestación del servicio militar obligatorio, es el sexo mujer

el que queda exento de la obligación, puesto que es en razón de ser mujer que la violencia sexual se usa como una de las herramientas de guerra y es por ello que son ellas quienes suman el mayor número de víctimas por el conflicto en Colombia. Es en razón de que son mujeres y no porque tienen una vivencia más o menos femenina que sus cuerpos son usados como herramienta de castigo al enemigo, como botines de guerra o simplemente como mercancía en medio del conflicto[24]. Es en razón de que son mujeres que la violencia contra ellas se sigue ejerciendo como forma de dominación y sometimiento, que se les impone estándares y se normativiza su conducta. Es porque son mujeres que siguen sufriendo dificultades para acceder al mundo laboral, porque se entiende la maternidad como una limitación de su eficiencia o porque siguen existiendo paradigmas lamentables sobre sus cuerpos y sus capacidades laborales.

Estas son las razones que justifican que el legislador, en uso de su competencia exclusiva, haga una salvedad a la obligación general de prestar el servicio militar, y en aras de contribuir a la equidad para la mujer, les permita acceder al servicio militar de forma voluntaria.

Por lo tanto, el género, que sin lugar a dudas es una dimensión fundamental del ser humano, no es, en este caso, el factor determinante de la excepción legal. No es la masculinidad o feminidad de las personas lo que determina su obligación de prestar el servicio militar, es el sexo que los identifica.

2.2.14. Ahora bien, el legislador tiene la potestad de excluir de la obligación del servicio militar a ciertas personas o grupos de personas, tal como lo ha hecho en los artículos 28 y 29 de la Ley 48 de 1993[25], o con el artículo 140 de la Ley 1448 de 2011[26]. En el caso específico, decidió darle a las personas de sexo mujer un tratamiento preferente. Ello no implica de ninguna forma que exista una discriminación frente a otros grupos de personas, simplemente aquellas personas que biológica o psicológicamente no pertenezcan al sexo mujer, no son objetos de los beneficios de esta norma.

Por eso, si una persona decide representarse socialmente como mujer y al mismo tiempo toma la opción de mantener en el Registro Civil su sexo “masculino”, es en ejercicio de su autodeterminación y en virtud de su sexo psicológico que toma esa decisión, y el Estado no puede inmiscuirse en su intimidad obligando a la persona a que cambie su sexo en sus

documentos, pero tampoco puede quedar sometido a la indeterminación en la identificación de las personas dando lugar a subjetividades que puedan, en ese caso sí, dar lugar a abusos, fraudes o discriminaciones.

2.3. EL CRITERIO “SEXO” EN EL REGISTRO CIVIL

2.3.1. Por otra parte, y como bien lo ha sostenido esta corporación, la imposibilidad jurídica de determinar por medios objetivos la identidad de género de una persona, abriría una brecha de discriminación o de inseguridad jurídica, que incluso podría generar espacios para fraude a la Ley el hecho de que se deje a un concepto tan complejo y subjetivo la aplicación de condiciones de excepción a obligaciones constitucionales.

Como se ha sostenido en jurisprudencia reciente:

“la Corte no puede desconocer el interés del Estado en regular asuntos relativos a la identidad de los ciudadanos, pues tanto los deberes del primero frente a los segundos, así como las obligaciones ciudadanas, dependen en su eficacia y eficiencia de la certeza de la identidad de los asociados de la Administración Pública. También es comprensible que el Estado restrinja las posibilidades de alteración de sus archivos de identidad de los ciudadanos, en la medida en la medida (sic) en que ello facilita a largo plazo ejercer adecuadamente sus funciones de garantía de derechos y así sus deberes de vigilancia y control. Pero, así como el desarrollo de los propios y personales proyectos y planes de vida no se configura como un derecho ilimitado, como se explicó; las potestades del Estado para regular el asunto de la identidad también suponen consideraciones especiales en casos especiales”[27].

En ese sentido, el sexo de una persona hace parte de su Estado Civil, y está expreso en sus documentos de identidad de tal forma que se convierte en un criterio objetivo, que simplifica la identificación y aplicación de las normas.

2.3.2. Las consideraciones especiales que plantea la demanda respecto al Estado Civil se refieren a la necesidad de una flexibilización en el trámite de la corrección del Registro en aquellas situaciones en que el sexo oficial no coincide con el sexo real (biológico y/o psicológico) de una persona.

Ese planteamiento estuvo presente en la demanda que dio lugar a la sentencia T-099 de 2015[28], en donde la Corte estudió el caso de una mujer transexual que no había podido cambiar su “sexo” en el Registro Civil y por tanto en sus documentos seguía apareciendo como de sexo “masculino” por lo que la Dirección de Reclutamiento de las Fuerzas Militares le exigía el pago de una multa por no haberse presentado a regular su situación militar a tiempo.

Frente a ese caso, consideró la Corte que:

“Por tanto el cambio de nombre y sexo en los documentos de identidad no es -en las condiciones actuales- una carga exigible para una mujer transexual que, adicionalmente, se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta por pertenecer una minoría por su orientación sexual, ser víctima del conflicto armado, ser portadora del VIH y tener graves problemas económicos”[29]

En consecuencia, la Corte instó al Gobierno a que en sus proyectos de Ley “incluya propuestas tendientes a remover los obstáculos que las personas transgénero tienen que enfrentar para la modificación de su identidad o de su sexo en los documentos de identidad y de registro civil.”[30]

2.3.3. Concordante con lo anterior, y citando el precedente de la Sentencia T-063 de 2015[31], sobre las dificultades para acceder a la corrección del sexo en el Registro Civil, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1227 del 4 de Junio de 2015, “Por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil” y en donde se exige únicamente para tal efecto: “1. Copia simple del Registro Civil de Nacimiento. 2. Copia simple de la cédula de ciudadanía. 3. Declaración realizada bajo la gravedad de juramento. En esta declaración, la persona deberá indicar su voluntad de realizar la corrección de la casilla del componente sexo en el Registro del Estado Civil de Nacimiento. ”

2.3.4. En ese sentido, las “condiciones actuales” para el cambio de sexo en el documento de identidad a las que hacía referencia la sentencia T-099 de 2015[32] han cambiado, pues el Decreto mencionado da un giro completo al procedimiento para corregir el sexo de una persona, de forma que hoy no puede considerarse que constituya una carga o un obstáculo

que impida realizar tal corrección.

Con el Decreto 1227 de 2015 se flexibilizó de tal forma el procedimiento para la corrección del “sexo” en el registro civil, que basta con una declaración juramentada ante notario público para ajustar los posibles errores que pueda haber en el documento de identidad y ajustarlo a la identidad sexual de cada persona, con lo cual no existen obstáculos para que quienes tienen el sexo femenino hagan el correspondiente ajuste en su Registro Civil y en consecuencia queden cobijados con el beneficio que otorga la Ley cuya impugnación se estudia.

2.3.5. En el caso de personas cuya identidad sexual no coincida con el sexo asignado en el momento del nacimiento, el Decreto 1227 de 2015 ha creado una herramienta sumamente flexible que evita cargas desproporcionadas a quien, realmente esté en la necesidad de buscar la corrección de la categoría sexual a la que pertenece en sus documentos de identidad, bajo el entendido de que ello conlleva el trato jurídico que implica el correspondiente sexo.

“La corrección por vía notarial reduce los obstáculos y exclusiones que padecen las personas transgénero en razón de los mayores costos y tiempos de espera que supone el recurso a un procesos judicial, y que en sus particulares condiciones de marginación y exclusión se convierten en una carga especialmente dura de afrontar; así mismo , elimina la diferencia de trato que se establece entre las personas cisgénero y transgénero, permitiendo a estas últimas hacer uso del procedimiento de corrección del sexo en el registro que hoy se admite para las primeras y contribuye a eliminar la tendencia a la patologización de la identidad de género. “[33]

2.3.6. Por lo tanto, al haber ajustado el procedimiento para que de forma ágil y expedita se pueda hacer la corrección del sexo en el documento de identidad, resulta aún más relevante recalcar el valor jurídico del Estado Civil oficialmente inscrito en el Registro, que es el criterio determinante para la aplicación de las normas dirigidas a proteger a la mujer, en tanto la base de la norma siga siendo el sexo de la persona, aspecto que resulta objetivo y válido para la tarea de identificación que tiene el Estado respecto de los ciudadanos.

Para el documento de identidad y el Registro Civil hay personas con sexo “femenino” o “masculino”. Si hubo o no necesidad de corregir el sexo en el Registro es un asunto que

pertenece a la vida privada del individuo[34], y que no puede afectar de ninguna forma sus derechos. De tal manera, y puesto que para el Estado el término “trans” o “transexual” no tiene implicaciones jurídicas, tampoco sería válido que en el Registro Civil se hiciese subclasificaciones de las mujeres u hombres que puedan dar lugar a diferencias innecesarias.

2.4. SOBRE LA IMPORTANCIA DEL CRITERIO “SEXO” EN EL REGISTRO CIVIL

2.4.1. La norma demandada estipula a lo largo de sus artículos una distinción entre “varón” y “mujer” de tal forma que, (i) los varones adultos hasta los cincuenta años deben definir su situación militar de forma obligatoria.[35] (ii) Las mujeres pueden prestar el servicio militar voluntario, (iii) En situaciones excepcionales y cuando el Gobierno Nacional lo determine, la mujer puede ser llamada a prestar servicio pero lo hará en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley.

2.4.2. Los demandantes alegan que la norma es discriminatoria, pues utiliza “términos masculinos y femeninos como varón y mujer en el entendido de sexo biológico o aquel entendido como la suma de todos los elementos sexuales del organismo, es decir, aquel con el que el individuo nace y se encuentra representado con el órgano reproductor que posee. Cuando en realidad debe ser entendido como el sexo psicológico que es aquel con el que la persona se autosexa al sentirse mentalmente de un sexo u otro sin ser necesariamente su sexo biológico desconociendo entonces esa construcción que el individuo ha venido construyendo a lo largo de su vida como ser autónomo y libre que es. ”

2.4.3. Sostienen que la norma impugnada, al incluir términos exclusivamente basados en el sexo de las personas, va en contra del desarrollo jurisprudencial y los avances del derecho comparado “que han sido enfáticos en que las personas transgénero deben ser tratadas conforme al género que ellas han determinado”.

2.4.4. En ese entendido, la cuestión que correspondía estudiar a la Corte para poder resolver los cargos esgrimidos es definir si la palabra “mujer” del Parágrafo 1 del artículo 10, Ley 48 de 1993, se refiere únicamente a quienes tienen ese sexo asignado desde el nacimiento y excluye a las mujeres transgénero/transexuales y de ser así, si ello vulnera los

derechos sus derecho y por ende existe un vacío legislativo relativo en la norma.

2.4.5. Al respecto, es posible concluir que las características individuales que dan lugar a la activación de la obligación del servicio militar en Colombia se refieren al sexo (varón o masculino) y a la edad (mayor de 18 años, menor de 50).

2.4.6. Estas y otras características de la identidad que hacen parte del Registro Civil y que se encuentran en el documento de identificación de cada ciudadano son condiciones que se verifican por el Estado y que generan efectos en la aplicación del derecho. Así por ejemplo, la edad de una persona determina cuestiones como su derecho al sufragio, la posibilidad de acceder a ciertos cargos públicos, la imputabilidad de la responsabilidad penal, la protección especial de la primera infancia y del adulto mayor, entre otras. De la misma forma sucede con el lugar de nacimiento que tiene relación con ciertas restricciones referidas con la nacionalidad o el acceso a ciertos cargos y como antes se indicó, con el sexo, que sirve de criterio para la aplicación de ciertas normas referidas a las especificidades propias como la maternidad, o a las acciones afirmativas dirigidas a generar igualdad entre los sexos o a proteger a la mujer de la violencia, como sucede por ejemplo con las leyes sobre feminicidio[36] o sobre la violencia física[37] y sexual[38] contra las mujeres.

2.4.7. Incluso en el ámbito internacional, las condiciones de edad, nacionalidad y sexo tienen repercusiones jurídicas y diferentes tratos en materia de derechos, con el fin de propugnar por la eliminación de barreras al acceso de derechos para aquellas personas que históricamente han sido discriminadas o excluidas, o que son objeto de violencia.

2.4.8. La inscripción de dichas características en el Registro Civil y en el correspondiente documento de identidad, facilita al Estado la tarea de aplicación de la normatividad, pues al registrarse por un elemento concreto y objetivo se evitan posibles discriminaciones, favorecimientos o fraudes a la Ley.

2.4.9. Ahora bien, la evolución del derecho en Colombia y en particular la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la interpretación del sexo como característica individual de identificación, ha variado notablemente en los últimos años, pasando de limitarse estrictamente al sexo biológico, hasta llegar a un concepto más amplio y omnicomprensivo que tiene su eje principal en el autorreconocimiento o identidad

sexual.[39]Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

2.4.10. En ese sentido, la dificultad que existía respecto de la discrepancia entre el sexo inscrito en el Registro Civil y el sexo psicológico de las personas transexuales, se fundamentaba en las dificultades y barreras que se encontraban por los complejos, costosos y demorados procedimientos que implicaba el proceso judicial para poder acceder a la reafirmación o corrección del sexo en el Registro y por ende en el documento de identidad. De esas dificultades, que daban lugar a una serie de situaciones en que los derechos de las personas trans quedaban en entredicho, surgieron una serie de decisiones de la Corte Constitucional, que le exigían a las autoridades no tomar como único criterio el documento de identidad en lo que a la característica sexo se refería. Lo cual sin duda, generaba una carga mayor no solo para el ciudadano que debía demostrar o al menos manifestar su sexo psicológico frente a las autoridades, sino a las autoridades que debían establecer protocolos para esa nueva forma de aplicación de las normas, sin que se desnaturalizara el sentido obligatorio de las disposiciones[40].

2.4.11. Los demandantes son plenamente conscientes en que la razón de la exequibilidad pretendida está basado en las dificultades para lograr la corrección del sexo en el Registro, y así lo expresan en el último párrafo de la demanda estudiada:

“En el caso del servicio militar, alguien que en ejercicio de su derecho a la identidad y construcción sexual se ha auto determinado con un género distinto al que objetivamente le fue asignado al nacer en su registro civil, femenino en el caso de las mujeres trans, pero que continúa ostentando en su documento de identidad el género masculino según la Ley 48 de 1993 debería por ser “varón” ante el Estado cumplir con el servicio militar obligatorio. Sin embargo, en contravía de ello los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y los avances a nivel internacional en los derechos de las personas transgénero han sido enfáticos en que deben ser tratadas conforme al género que ellas han auto determinado, lo que sin duda es muestra clara del vacío de la legislación referente a la situación de las personas transgénero frente a la prestación del servicio militar y que en nuestra consideración no es más que un efecto de la dificultad para obtener un cambio de género en el registro civil, que vulnera el derecho a la igualdad, identidad sexual, libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación como expresión de este.”

2.4.12. Existiendo una vía fácil y expedita para hacer la corrección del sexo en Registro, las mujeres transgénero/transexuales tienen a su disposición las vías adecuadas para inscribirse con el sexo con que se autodeterminan y obtener del Estado el trato jurídico que el mismo conlleva, incluido por su puesto, el que corresponda para efectos del servicio militar.

En ese sentido, le corresponde a cada ciudadano velar porque la información contenida en el Registro Civil corresponda con la realidad, puesto que de dicha información se derivan toda una serie de derechos y obligaciones, y el Estado debe partir de la validez y certitud de la información consignada en los documentos de cada ciudadano para efectos de aplicar las normas con objetividad y eficiencia.

2.4.13. La Corte debió por lo tanto pronunciarse en el sentido en que la norma demandada al incorporar la expresión “mujer” para darle un tratamiento preferencial, no excluye ni discrimina a las mujeres transgénero/transexuales, antes por el contrario, en virtud de la herramienta incorporada con el Decreto 1227 de 2015 que les permite acceder fácilmente a la corrección de su Registro Civil, la norma impugnada se constituye en una herramienta para proteger sus derechos.

2.4.14. Así, al no existir un trato diferenciado entre mujeres (trans o cissexuales) no es procedente adelantar ningún examen de igualdad, ni puede derivarse afectación alguna a los derechos al trabajo o al libre desarrollo de la personalidad que pueda ser objeto de análisis constitucional. Contrario sensu, al tratarse de una norma que beneficia a las mujeres en Colombia, y que se aplica bajo el parámetro objetivo del Registro Civil y los documentos de identidad, se trata de una disposición coherente con la protección y garantía de los derechos humanos.

2.4.15. Las personas que quedarían por fuera del beneficio normativo y por lo tanto estarían obligadas a regularizar su situación militar, para todos los efectos que ello implica, son quienes estén identificados en su Registro Civil y en sus documentos de identidad con el sexo “masculino”. Sin importar su expresión o identidad de género, el hecho de que sus documentos de identidad den cuenta de que no pertenecen ni biológica, ni psicológicamente al sexo femenino, hace que no puedan ser objeto del trato preferente que consigna la norma demandada, sin que ello implique ningún tipo de discriminación o

restricción de derechos, pues la diferencia se basa en el sexo y no en la expresión de género de las personas.

3. CONCLUSION

3.1.1. La Corte desaprovechó una importante oportunidad para dar solución a un problema jurídico trascendental y reiterar su jurisprudencia en el sentido de que el Servicio Militar es un deber de estirpe constitucional, de aplicación general y con carácter perentorio, que resulta de la prevalencia del interés general sobre el particular, que surge del deber de respetar y apoyar a las autoridades y contribuye al bienestar social. Solo están exceptuadas de la obligación de prestar el Servicio Militar aquellas personas que la ley ha dispuesto.

3.1.2. La Corte debió manifestarse en el sentido de que la clasificación de los individuos por su sexo en el Registro Civil es un criterio válido, objetivo y necesario para el cumplimiento de los deberes estatales relacionados con la equidad de género y las acciones afirmativas dirigidas a favorecer a la mujer para superar las barreras sociales para el goce efectivo e igualitario de sus derechos.

3.1.3. Finalmente, a partir del Decreto 1227 de 2015, las personas cuyo sexo psicológico no corresponda con el sexo que aparece inscrito en su Registro Civil y en sus documentos de identificación, pueden acceder a una vía expedita para lograr la corrección del Registro Civil y de esa forma lograr la reafirmación legal de su sexo psicológico, con lo cual queda superada la barrera identificada por esta corporación para hacer del sexo inscrito en el Registro Civil y consignado en el documento de identidad, el criterio válido para la aplicación de las normas sobre Servicio Militar.

3.1.4. En ese orden de ideas, la norma demanda, al establecer una diferenciación a favor de la mujer, incluye evidentemente a las mujeres transgénero/transexuales, que en virtud del Decreto 1227 de 2015 pueden acceder a la corrección de su sexo en el Registro Civil y en su documento de identidad, a partir de lo cual son objeto de los beneficios que plantea la norma demanda, por lo que la decisión que se debió proferir es la de declarar la constitucionalidad de la norma demandada.

3.1.5. Finalmente, vale la pena resaltar que a pesar de que la sentencia frente a la cual presento este salvamento es inhibitoria, la parte considerativa se adentra en el fondo del

asunto debatido y hace observaciones que implican una interpretación condicionada de la norma demandada. Así por ejemplo, dice la sentencia “La jurisprudencia constitucional ha sostenido que en materia del servicio militar las mujeres trans deben ser tratadas como lo que son; es decir, como mujeres.”. Esta afirmación desconoce la importancia del Registro Civil y el cambio fundamental de circunstancias al haber flexibilizado el procedimiento para la corrección del sexo, lo que había sido hasta el momento la razón de las decisiones invocadas en la Sentencia, y que en la actualidad no tiene otro sentido que el de crear una confusión en la interpretación de las normas sobre incorporación al servicio militar, y en todas las demás que se fundamenten en el criterio “sexo” para la determinación de derechos y obligaciones.

Fecha et supra,

JORGE INGNACIO PRETELTL CHALJUB

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-006/16

NORMA SOBRE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-Reitera salvamento de voto de la sentencia C-584 de 2015 (Aclaración de voto)

PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-Interpretación extensiva del vocablo “mujer” garantizaba la protección de los derechos de las mujeres transexuales (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-10837

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993 “Por el cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización”. Actores: Daniela Lucia Barros Ayazo y Geraldín José Hernández González.

Magistrado Ponente:

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Con el respeto acostumbrado, debo expresar que comparto la decisión que la Corte adoptó en la sentencia C-006 de 2016, en la que la Sala se inhibió para fallar. Sin embargo, estimo necesario aclarar mi voto, habida cuenta que, en su momento, me aparté de lo decidido en la sentencia C-584 de 2015, por las siguientes razones:

“Con tal propósito debe tenerse en cuenta que, de una parte el actor consideró inconstitucionales los artículos 14, 23,24 y 25 de la Ley 48 de 1993, por cuanto hacen recaer la obligación de definir la situación militar sobre los varones colombianos, olvidándose de aquellas personas transgeneristas o transexuales que, para tales efectos, se verían sometidas a asumirse como hombres, pese a tener una vivencia distinta y, de la otra, cuestionó el parágrafo del artículo 10 de la misma ley, por hacer de la mujer colombiana el sujeto del servicio militar voluntario, sin especificar que también deben ser incluidas dentro del grupo de las mujeres las personas transexuales que tienen esa vivencia.

La sola enunciación resumida del meollo de la demanda basta para advertir que la discusión planteada puede tener un fuerte soporte en los derechos fundamentales que el demandante estimó vulnerados y, particularmente, en el principio de igualdad. En efecto, doctrinaria y jurisprudencialmente se tiene por bien sabido que cuando el desconocimiento del derecho a la igualdad se funda en lo legalmente previsto, puede acontecer que una categoría que el legislador haya empleado incluya más de lo que debe y genere un tratamiento desigual o que el trato contrario a la igualdad provenga de que la categoría legal empleada incorpore menos de lo requerido para ajustarse a las exigencias de la igualdad. Cuando el actor señala que al regular la definición de la situación militar la categoría “varón” incluye a los transexuales que personalmente se identifican como mujeres, no sostiene nada distinto a que la categoría incorpora más de lo que debería contener y, cuando estima que la categoría “mujer” empleada para regular lo concerniente al servicio militar voluntario no tiene en cuenta a los transexuales cuya vivencia los lleva a identificarse como mujeres, sencillamente, afirma que la categoría incorpora menos de lo

que debería para atender los requerimientos del derecho a la igualdad.

La omisión legislativa aducida conduciría, en el primer caso, a examinar si el legislador olvidó establecer una excepción a la categoría “varón” y, en el segundo, a verificar si dentro de la categoría “mujer”, legalmente utilizada, caben las personas transexuales que se identifican como tales, siendo viable que la Corte escoja la opción que técnicamente le aporte mejor solución al problema, como se hizo en el proyecto que fue derrotado, al preferir el pronunciamiento respecto del parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, pues al incidir sobre la categoría “mujer” quedaba solucionado el problema planteado y también en relación con lo que debería entenderse incorporado en la categoría “varón” usada en los otros artículos demandados.

En cualquier caso, lo anterior evidencia que el planteamiento del demandante, lejos de ser insuficiente es completo, por cuanto involucró las disposiciones pertinentes con gran precisión y con una claridad que supera, con creces, la que sería esperable a propósito de una acción pública.

El elemental alcance de la demanda, lo captaron, sin inconveniente, algunos de los intervinientes y la Procuraduría General de la Nación. Así, solicitaron la declaración de constitucionalidad el Ministerio de Defensa Nacional y el Ministerio Público, mientras que la declaración de inconstitucionalidad o la de constitucionalidad condicionada fue pedida por la Universidad Externado de Colombia, la Universidad Santo Tomás, Colombia Diversa, la Universidad de San Buenaventura de Bogotá, varios semilleros y grupos de investigación de la Universidad Autónoma de Bucaramanga en intervención conjunta y el ciudadano Carlos Andrés Pérez Garzón.

Sin embargo, al adoptar la correspondiente decisión, la mayoría de la Corte hizo eco de los criterios de “varios de los intervinientes” que “solicitaron que la Corte se inhibiera de pronunciarse de fondo”, de los cuales solo consta en el expediente la intervención presentada por la Universidad Libre de Bogotá que, efectivamente, pidió la inhibición y, subsidiariamente, la declaración de exequibilidad, pero bajo el entendido “que para las personas transgeneristas, la aplicación de las disposiciones incoadas se sujetarán a las siguientes condiciones:

“a) La NO obligatoriedad de prestar el servicio militar, esto es que se puede prestar

voluntariamente.

“b) La NO obligatoriedad de tramitar y portar la libreta militar.

“c) La no exigencia de la libreta militar para ejercer los derechos laborales, de educación y participación política, u otros derechos en donde se exija este documento.

“d) Se insista en la exhortación que se había hecho al Congreso de la República para que tramite una ley que regule de forma integral y sistemática los derechos de las personas transgénero”.

Para optar por la inhibición que la mayoría de la Corporación aceptó, se hizo un recuento de los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia que desde la Sentencia C-1052 de 2001 la Corporación ha acogido con la finalidad de orientar a los ciudadanos en la estructuración de los cargos de inconstitucionalidad, y bajo la advertencia de que su carácter ilustrativo no debe comportar la imposición de cargas exageradas que se traduzcan en exigencias de “técnica” o en una rigurosidad extremada, en principio impropia tratándose de una acción pública guiada por el principio pro actione y por la obligación de interpretar la demanda que tiene el juez constitucional para no hacer nugatorio el derecho político a demandar las leyes consideradas inconstitucionales.

Con notable desatención de los anteriores criterios, la Corte hizo una lectura de la demanda que parece destinada a privarla de toda opción de viabilidad. Así, en contra de lo que nítidamente surge de su texto, la Corporación indica que todos los argumentos del actor se concentran realmente en la existencia de una presunta omisión legislativa en la expresión “mujer” contenida en el artículo 10”, dado que el accionante habría enfocado “toda su argumentación en la posibilidad de extender el alcance de la exención de la Ley de la norma en cuestión a las mujeres transgénero”, sin que haya argumento preciso frente a los demás artículos censurados, ni se haya explicado cómo los cargos presentados contra el artículo 10 podían ser extensivos a los otros que se refieren a obligaciones explícitamente radicadas en cabeza de los hombres.

Se le achaca a la demanda la utilización “sin rigurosidad alguna de los conceptos de transgénero y transexuales para referirse a la ‘diversidad identitaria’ de las personas”, distinciones juzgadas como relevantes, que “no obedecen a un simple capricho analítico” y

cuya comprensión plena “incide directamente en el entendimiento del caso y en cualquier examen eventual de constitucionalidad”, debido a lo cual la Corte, sin reparar en que finalmente adopta un fallo inhibitorio, pasa a “reiterar una serie de precisiones conceptuales que sirve para entender la forma como esta Corporación entiende estas categorías”.

Exigencias como las que se acaban de reseñar contribuyen a introducir un alto grado de tecnificación en la acción pública de inconstitucionalidad, situación ajena a este mecanismo y al propio ejercicio de los derechos políticos correspondientes a los ciudadanos, ya que según el artículo 84 de la Constitución, “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”.

El requerido empleo riguroso de los conceptos tampoco impidió que en la providencia inhibitoria, so pretexto de hacer énfasis en las “reglas de protección a la identidad de género y a la orientación sexual frente al servicio militar obligatorio”, se efectuara un largo recuento de distintas decisiones de tutela que comprenden casos de cambio de sexo en los documentos de identidad, de consentimiento informado para procedimientos quirúrgicos y hormonales en situaciones de hermafroditismo, de intersexualidad de menores de edad, de discriminación a una mujer transexual a quien le fue negada su entrada a un evento de música electrónica, o de práctica de cirugías para la reasignación de sexo.

El recuento culmina con la mención de la Sentencia T-476 de 2014 en la cual, “por primera vez, la Corte abordó el tema de la libreta militar y las mujeres transexuales, pero desde la obligación que tienen éstas de presentar ese documento como requisito para suscribir un contrato con el Estado”, así como de la Sentencia T-099 de 2015, en la que “específicamente se analizó la aplicación al caso concreto de la norma que ahora se demanda por inconstitucional”.

La exigencia de un uso riguroso de los conceptos viene, principalmente, de estas dos últimas sentencias que en lugar de haber sido erigidas en obstáculo a la prosperidad de la acción, han debido ser tenidas en cuenta para fijar el alcance de la solicitud del demandante, habida cuenta de la interpretación de la demanda que le atañe a la Corte Constitucional máxime si está vertido en sus propias providencias, algunas de las cuales citó el actor en su libelo para apoyar sus tesis que, en las anotadas condiciones, generan

una duda sobre la constitucionalidad de los preceptos demandados.

La Sentencia de mayoría incorpora los criterios jurisprudenciales referentes a la omisión legislativa de carácter relativo con la finalidad de sostener que el demandante no cumplió los requisitos exigidos para su demostración y, concretamente, se anota que “no adelantó en su escrito un test de omisión relativa que explicara, como se detalló en la parte considerativa de esta sentencia, la presunta vulneración del artículo 13 de la Constitución”.

En el sentido indicado, la mayoría agrega que “aunque el actor describió la norma sobre la cual consideraba que existía la presunta omisión y resumió las consecuencias jurídicas de la supuesta exclusión, omitió explicar la razón por la que considera que el Legislador ostenta un deber específico impuesto por el constituyente para tratar la materia”, pues no se establecen los criterios de comparación entre las mujeres transexuales y las mujeres cisgénero” y “no pudo explicar la razón por la cual se justificaba un examen de constitucionalidad cuando las Salas de Selección han afirmado que las normas de servicio militar no están dirigidas a las mujeres trans”.

Sorprenden los precedentes planteamientos si se tiene en cuenta que en la Sentencia T-476 de 2014, tras estimar que la identidad de las mujeres transgénero “no corresponde al concepto de varón”, la Sala Octava de Revisión ordenó “a la Subdirección para Asuntos LGBT de la Secretaría Distrital de Integración Social de la Alcaldía de Bogotá inaplicar el artículo 36 de la Ley 48 de 1993 y vincular laboralmente a Iván Andrés Páez Ramírez (...) mujer transgénero que responde al nombre identitario de Grace Kelly Bermúdez”, a lo que añadió un exhorto “al Congreso de la República a fin de que tramite una ley que regule de forma integral y sistemática los derechos de las personas transgénero”.

La inaplicación de la ley y el exhorto, ambos producidos en sede de tutela, constituyen razones que con evidente suficiencia justificaban el examen de constitucionalidad, pues el hecho de que, al revisar decisiones de tutela, la Corte haya “afirmado que las normas de servicio militar no están dirigidas a las mujeres trans”, no constituye causal de inadmisión o de rechazo de las demandas que luego se intenten contra las disposiciones en las que previamente se hayan detectado problemas de constitucionalidad a propósito de casos específicos resueltos mediante tutela, ni motivo causante de la ineptitud de los cargos

esgrimidos en contra de estos preceptos si, conforme lo ha destacado la sentencia de la que nos apartamos, “en varias oportunidades, esta Corporación ha adoptado las decisiones de constitucionalidad abstracta en consideración con reglas jurisprudenciales elaboradas en sentencias de tutela”.

En otros términos, la inaplicación de la ley y el llamado al Congreso para que expida una regulación completa implican el reconocimiento de que la regulación existente es incompleta y de que es el legislador el llamado a solucionar esa situación, para lo cual no sobra el examen, a la luz de la Constitución, de la normativa legal vigente, respecto de cuyo carácter omisivo ya se ha emitido mucho más que una simple advertencia en providencias adoptadas en sede de tutela por la propia Corte Constitucional.

Sorprende, además, la exigencia de un test “de omisión legislativa”, con todos los requerimientos que se detallan en la providencia de la cual discrepamos, siendo que en la Sentencia T-099 de 2015, de la que también provienen los rigurosos criterios exigidos al demandante, se concluyó que “la constatación de la falta de razones imperiosas para dar un tratamiento diferenciado y que ha generado un trato discriminatorio, hace innecesaria la aplicación de los demás pasos juicio estricto de igualdad (sic), consistentes en el estudio de los fines perseguidos, de los medios elegidos para ello y de la proporcionalidad -en estricto sentido- del sacrificio de los derechos involucrados frente a los objetivos buscados”.

No es claro por qué se le exigió al actor el cumplimiento de unos pasos que antes la Corte había considerado innecesario aplicar, pues le bastó la simple comprobación de las diferencias en el trato, ni se explica de dónde se le exige al demandante la exposición de las razones justificativas de la vulneración del derecho a la igualdad, cuando esta misma Corporación estimó que faltan razones imperiosas para otorgar un trato diferenciado, todo lo cual indica que la discriminación es tan burda que no se requiere mucho esfuerzo para demostrarla.

En efecto, la Sentencia T-099 de 2015, la más próxima por su materia y por las disposiciones de ley involucradas a la demanda que la Corte consideró inepta, tras hacer un repaso del juicio de igualdad en la jurisprudencia constitucional, al abordar el caso concreto se detiene en el primer y más elemental eslabón de ese juicio y le basta afirmar

que “es violatorio de los derechos a la dignidad, a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres transgénero exigirles que cumplan con los deberes previstos para los varones en la Ley 48 de 1993” o que “es violatorio del derecho a la igualdad tratar de manera diferenciada a una mujer transgénero -con respecto al trato que reciben las mujeres cisgénero- para exigirle cumplir con las obligaciones legales -dirigidas a un varón- en materia de regularización de la situación militar”.

No se comprende cuál soporte tienen los requerimientos que se le hacen al actor y la confusión sube de grado cuando se verifica que la Sentencia T-099 de 2015, después de referirse a disposiciones de la Ley 48 de 1993 que fueron demandadas por el libelista, exhorta “al Congreso de la República, para que, en el menor tiempo posible promulgue una Ley de Identidad de Género que proteja los derechos fundamentales de las mujeres y hombres transexuales, con la consideración entre otros, de los fundamentos de esta providencia”. ¿Qué podía exigírsele, entonces, al actor en relación con las disposiciones de la Ley 48 de 1993, cuyo carácter incompleto y su consecuente inconstitucionalidad ya habían sido puestos de manifiesto, en forma palmaria, al decidir acciones de tutela? Adicionalmente, los Magistrados que disintimos queremos llamar la atención acerca de que el test de igualdad no es la única manera de solventar una omisión de carácter relativo, pues la aplicación analógica de una expresión legal puede solucionar un problema de omisión inconstitucional, sin necesidad de recurrir al test, que tampoco es indispensable cuando la discriminación traspasa el caso individual y afecta a un grupo, evento en el cual se activa la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, así como la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, cuya condición se demuestra no por la vía del test, más apropiado para juzgar casos individuales, sino mediante la consideración de datos empíricos demostrativos de la existencia del grupo y de su discriminación, lo que es suficiente para proceder a la adopción de medidas, porque así lo ordena la Constitución en su artículo 13.

La acción pública de inconstitucionalidad permite traspasar el caso individual y considerar el grupo afectado por una discriminación que es “estructural”, hallándose autorizada la Corte para conferirle ese alcance, por la propia inconstitucionalidad manifiesta en la discriminación evidenciada y por la orden de adoptar medidas para superar esa indeseable situación.

La demanda presentada por el ciudadano Polo Echeverri sitúa las cosas en el plano de la igualdad sustancial y daba pie para adelantar ese tipo de estudio, entre otras cosas, porque la Corte debe interpretar la demanda y porque, aun ante una deficiencia en que hubiere podido incurrir el demandante, según el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, la Corporación debe confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del título II”, por lo que “podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso”.

Sin embargo, la mayoría, dejando de lado las técnicas que aseguran el imperio de la Constitución y le permiten a la Corte garantizar su supremacía pasa de largo sobre el derecho político que se ejerce con la presentación de una demanda de inconstitucionalidad y, sobre los derechos de personas discriminadas, según se alcanzó a percibir, sin que lamentablemente se hubiera actuado en consecuencia.

En efecto, carece de coherencia aseverar que se debe distinguir entre el género y la identidad biológica “con el fin de abandonar estereotipos arraigados en la sociedad y que tienen el potencial de generar una discriminación sistemática”, para luego dar al traste con una demanda contentiva de cargos aptos y finalizar con un fallo inhibitorio sustentado en apreciaciones confusas y desprovistas de la claridad y de la suficiencia que los integrantes de la mayoría echaron de menos en el escrito del actor, pese a que es coherente con las pretensiones esgrimidas y con la anterior jurisprudencia de la Corte.

Para no abundar, quienes suscribimos este salvamento nos permitimos, a continuación, transcribir completamente la parte considerativa del proyecto que fue derrotado en la Sala Plena de la Corte Constitucional.

“VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

“1. La competencia

“De conformidad con lo establecido en el artículo 241-4 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para decidir la demanda de la referencia.

“2. Planteamiento de la cuestión

“En contra de algunos artículos de la Ley 48 de 1993 Laura Stefanía Riveros Bermúdez y Madeleine Garzón Guayara presentaron una demanda de inconstitucionalidad que, habiendo sido radicada con el número 10597, fue inadmitida mediante Auto del 5 de febrero de 2015 y posteriormente rechazada por Auto del 26 de febrero de la misma anualidad, debido a que las actoras dejaron pasar el término concedido y no corrigieron la demanda.

“Por su parte, el ciudadano Juan Arturo Polo Echeverri también demandó los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993 y tras la inadmisión de la demanda, radicada bajo el número 10628, procedió a corregirla oportunamente, por lo cual en Auto del 26 de febrero de 2015 le fue admitida, dándose así inicio al proceso que pasa la Corte a resolver mediante esta Sentencia.

“La Ley 48 de 1993 “reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”. Su artículo 10 se refiere a la obligación de definir la situación militar, el artículo 14 regula la inscripción para definir esa situación, el artículo 23 alude a la manera como los colombianos residentes en el exterior deben proceder a definirla, el artículo 24 prevé lo mismo en relación con los colombianos por adopción y el artículo 25 se ocupa de la definición de la situación militar de los colombianos con doble nacionalidad.

“Para fijar el sentido de su demanda, el actor hace énfasis en que, según los términos de las disposiciones censuradas, la obligación de prestar el servicio militar les corresponde a los varones colombianos. Así, el artículo 10 señala que “todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar”, el artículo 14 preceptúa que “todo varón colombiano tiene la obligación de inscribirse para definir su situación militar”, el artículo 23 establece que “los varones colombianos residentes en el exterior definirán su situación militar”, el artículo 24 igualmente precisa que “los varones colombianos por adopción residentes en el país definirán su situación militar” y, por último, el artículo 25 hace recaer esa obligación en “los varones colombianos, por nacimiento, con doble nacionalidad”.

“Tratándose de las mujeres, el parágrafo del artículo 10, que también es objeto de demanda, indica que “la mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y

el medio ambiente y, en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley no importando la modalidad en que se presta el servicio”.

“La acusación planteada por el demandante radica en que los artículos que se refieren a la obligación que pesa sobre los varones de definir su situación militar nada indican respecto de “las personas de condición transgenerista o transexual” y lo mismo acontece con el párrafo del artículo 10, pues al referirse a las mujeres, tampoco alude a los transexuales, de donde el libelista deduce que en todos los artículos demandados el legislador incurrió en omisión relativa, porque “en ningún aparte de dichos preceptos se hace la excepción o la regulación frente a estas personas”, quienes, por lo tanto, “se ven sometidas a adoptar el género definido por naturaleza y no el socialmente adoptado conforme a su concepción psicológica”.

“El demandante considera que al omitir la regulación del servicio militar para las mujeres transexuales, nacidas “de género masculino” e identificadas “con el género femenino” por adoptar “socialmente su condición de mujeres”, entraña una violación de sus derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, ya que los artículos demandados las obligan a aceptar el género masculino “como única posibilidad legal para definir su situación militar” y obtener la correspondiente libreta que es requisito necesario para “celebrar contratos con cualquier entidad pública, ingresar a la carrera administrativa, tomar posesión de cargos públicos, obtener un grado profesional en cualquier centro de educación superior y finalmente lograr conseguir un empleo formal”.

“Agrega la censura que las mujeres transexuales se ven sometidas a enfrentar procesos de incorporación militar, a los que acuden varones y que son ocasión de sometimiento a “todo tipo de inconvenientes” y esto a causa de tener que asumir un género con el cual no se identifican, revelándose, entonces, su incompatibilidad con los procesos de selección masculinos adelantados por las diferentes fuerzas militares y de policía.

“Puntualiza el actor que las mujeres transexuales carecen de opción distinta a la propiciada por los preceptos demandados, dado que, de conformidad con ellos, deben definir su situación militar de la manera como se ha establecido esta definición para los varones, sin que puedan acudir a la regulación prevista para las mujeres, porque siempre son

identificadas “como de sexo masculino”, teniendo que “aceptar una condición de género diversa a la que libremente han escogido desde su perspectiva personal”, situación que las puede llevar a no “aceptar las opciones dadas por la ley”, lo que les acarrearía el aislamiento de la sociedad productiva, laboral o académica.

“En las intervenciones y en el concepto del Ministerio Público se adoptan distintas posiciones en relación con la demanda. Así, el Ministerio de Defensa Nacional se opone a la pretensión del actor, por considerar que el deber de definir la situación militar no constituye una transgresión de derechos fundamentales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo o a la identidad de género.

“De idéntico parecer es la Procuraduría General de la Nación, en cuyo concepto se advierte que en la materia de la cual se ocupan las disposiciones demandadas el legislador tiene una amplia facultad configurativa y que cuando, acudiendo al criterio del sexo, establece la obligación de los hombres y una excepción en el caso de las mujeres, emplea como elemento de diferenciación “un asunto biológico objetivo y no una referencia a la psicología, a la autonomía o a ciertas características sociales de lo que se tiene por ‘varonil’ “.

“La Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá estima que, de conocer la demanda, se puede condicionar la exequibilidad a que, tratándose de “las personas transgeneristas” el servicio militar no sea obligatorio, sino voluntario y a que, en su caso, no sea obligatorio tramitar la libreta militar ni aportarla para ejercer derechos laborales, educativos o de participación política. Por su parte, la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia conceptúa que “el legislador ha generado una discriminación de las mujeres transgénero respecto de las demás mujeres”, lo que evidencia la inconstitucionalidad del régimen de prestación del servicio militar vigente, por no tomar “en consideración la identidad de género particular a que tienen derecho todas las personas”.

“Así mismo, la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás consideró que los preceptos censurados desconocen la Constitución, “pues el legislador omitió la diversidad sexual de la población transgénero y transexual” como motivo de exclusión del servicio militar, e invitó a la Corte a efectuar una interpretación condicionada “tendiente a extender para transgeneristas y transexuales la calidad de voluntario en la prestación del

servicio militar”. A similar conclusión llegó Colombia Diversa, al solicitar la exequibilidad condicionada “en el sentido de reconocer la diversidad de género de las personas transgénero”, de inaplicar el requisito de la libreta militar tratándose de las mujeres transgénero que no se identifican ni auto reconocen como parte del género masculino y de predicar, para estas personas, la voluntariedad del servicio militar.

“También la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura dio por “demostrada la omisión legislativa” e insistió en “reiterarle al Congreso el compromiso de crear la legislación específica a la luz del reconocimiento de la identidad de género como una construcción cultural”, en lo que coincidieron varios grupos adscritos a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, al solicitar que la Corte declare la omisión del legislador y condicione la interpretación, para que no se les exija la libreta militar “a las personas transgeneristas en tanto mujeres trans” y se exhorte al Congreso a fin de que expida “una ley de identidad de género que señale de forma integral, los derechos y obligaciones de las personas trans”.

“Finalmente, el ciudadano Andrés Pérez-Garzón intervino para señalar que las expresiones normativas demandadas no violan los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, pues la aparente omisión legislativa “puede ser subsanada si se tiene en cuenta que ya ha sido establecido por la Corte como regla constitucional que no se le puede exigir a una persona transgénero un requisito propio del género con el cual no se identifica como lo es la libreta militar”, de modo que “su exequibilidad está condicionada a que se entienda que la situación de las personas transgénero se encuentra prevista en los apartes de la Ley 48 de 1993 que se refieren a las mujeres” y así debe declararlo la Corte.

“Planteado el debate en los anteriores términos y habiéndose invocado la vulneración de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad como consecuencia de una omisión legislativa de carácter relativo, a la Corte le corresponde dilucidar si existe un trato discriminatorio lesivo de los derechos correspondientes a las mujeres transexuales. Si la respuesta es afirmativa la Sala Plena deberá determinar si la referencia al varón y a la mujer, contenida en los preceptos demandados, favorece esa discriminación y perjudica a las personas transexuales que se identifican como mujeres y, en caso de que el análisis permita concluir que en las disposiciones censuradas se evidencia una actuación parcial e inconstitucional del legislador, la Corporación tendrá que proceder a establecer cómo

superar la omisión relativa para que las disposiciones reguladoras de la definición del servicio militar sean plenamente acordes con la Constitución.

“3. Los temas a tratar y la jurisprudencia adoptada en sede de revisión

“El orden para el desarrollo de los temas en la presente providencia se ha planteado de la manera como ha sido consignado en el párrafo anterior, debido a que en la demanda y en buena parte de las intervenciones se pone de manifiesto que ya en sede de revisión de decisiones relativas a la protección de los derechos constitucionales fundamentales, algunas de las Salas de Tutela de esta Corte se han pronunciado respecto de casos que involucran la situación real de personas transexuales que se identifican como mujeres frente a la definición del servicio militar y de la expedición y porte de la respectiva libreta.

“Tratándose de la misma Constitución y de idénticos derechos no cabe la radical disociación que algunos pretenden entre lo que la Corte decide y considera al resolver acciones de tutela y lo que decide y considera cuando actúa en sede de control de constitucionalidad de las leyes. Como sustento de esa separación absoluta se suele aducir al carácter concreto de la revisión de las decisiones de amparo y el carácter abstracto del control de constitucionalidad y particularmente de aquel que se insta a partir de demandas ciudadanas.

“Sin embargo, no se puede soslayar el hecho de que al fallar en sede de revisión las acciones de tutela seleccionadas con tal finalidad, la Corte no solamente resuelve el asunto en relación con las partes, sino que también fija criterios que trascienden el caso específico y que deben ser tenidos en cuenta por ella misma y por los jueces al enfrentar casos idénticos y tampoco cabe olvidar que el carácter abstracto del control de constitucionalidad de las leyes indica que la cuestión llevada al conocimiento de la Corte no tienen su origen en un litigio previo sino que se formula envía principal, sin que ello signifique que la Corporación deba adelantar un análisis estrictamente lógico y privado de toda referencia contextual.

“Prueba de lo anterior se encuentra, por ejemplo, en la admisión de la posibilidad de demandas en contra de interpretaciones judiciales de leyes o en la incorporación del derecho viviente como objeto del control material de constitucionalidad de las leyes y, ya

en el ámbito que ahora se quiere destacar, la asunción en sede de control abstracto de demandas en contra de preceptos legales antes excepcionados en sede de tutela por la propia Corte o cuyas consecuencias habían sido controvertidas en previas acciones de tutelas también conocidas y decididas por la Corporación.

“Para traer a colación un solo caso ilustrativo de esta tendencia, baste recordar las acciones de tutela en las que se reclamó contra la práctica recurrente que consistía en no actualizar la primera mesada en el momento en que se hacía exigible una pensión, aduciendo que ésta se había causado años antes, cuando el peticionario recibía por concepto de salario una suma notablemente inferior a su equivalente actualizado. Mediante numerosas acciones de tutela fue cuestionada con éxito tanto la práctica como las decisiones judiciales que la avalaban y, esta Corte, por su parte, produjo la Sentencia de Tutela SU-120 de 2003 y luego pronunció en sede de control de constitucionalidad sobre este problema y a propósito de demandas ciudadanas en las que fueron cuestionados varios artículos del Código Laboral atinentes a la pensión de jubilación y a la entonces denominada pensión sanción.

“Sin entrar en mayores detalles, la Corte hace énfasis en que a fin de fallar la demanda que en esta oportunidad ocupa su atención, en virtud del carácter normativo de la Constitución, tendrá en cuenta las sentencias de tutela que varias de sus Salas de Revisión han proferido en relación con la materia de la que tratan las disposiciones demandadas y, así mismo, reitera que el orden de su exposición se basa, precisamente, en que ya existen estas providencias y en que debe prestarles la debida atención.

“4. Las personas transexuales y la discriminación

“De conformidad con el plan que se ha trazado, la invocación del derecho a la igualdad lleva a indagar, en primer término, si en el caso de las personas trans se presenta una discriminación y, para determinarlo, la Corte considera indispensable partir de una noción básica de la transexualidad que le permita identificar, en términos generales, las condiciones de las personas que se definen como transexuales y, en concordancia con esta aproximación inicial, los motivos de un posible trato discriminatorio, así como la clase y el alcance de la discriminación, si llega a concluirse que la hay.

“En la Sentencia T-476 de 2014, que ha sido la más invocada en este proceso, la Sala

Octava de Revisión de la Corte Constitucional se remitió a una noción postulada en una sentencia de tutela anterior, según la cual la persona transgénero es aquella que “transita del género asignado socialmente a otro género”, dado que, “en ocasiones, el papel de género asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la persona” que rechaza el rol asignado para asumir aquel con el que se identifican desde su propia vivencia personal.

“Así pues, las personas transexuales quieren vivir y ser tratadas como miembros del sexo opuesto al que, por lo general, terceras personas les han asignado al momento del nacimiento y de proceder a su registro y ello a causa de que esa “asignación identitaria efectuada por terceros difiere de la que de manera autónoma aquellas desarrollan a lo largo de su proceso de formación, razón por la cual se ven sometidas a mayores obstáculos para lograr el reconocimiento y respeto de su identidad”.

“Sin ahondar todavía en cuestiones suscitadas por la noción aquí recogida y en distinciones conceptuales que tienen su fundamento en ella, conviene anotar que aun cuando en esta aproximación inicial el énfasis se encuentra puesto en la persona individual, la transexualidad tiene una innegable connotación grupal referida a las personas reunidas bajo esta sola denominación, pero también a su incorporación a una comunidad más amplia conocida como LGBTI, que designa a lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales.

“Ciertamente la revisión de las decisiones relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales fundamentales tiene sustento en situaciones concretas planteadas por personas individuales, mas ello no le ha impedido a la Corte expresar que, más allá del caso específico ventilado, “la situación planteada en la solicitud de amparo pone de manifiesto una problemática general sobre las limitaciones que tiene la comunidad transgenerista para acceder al goce efectivo de sus garantías constitucionales básicas”.

“Repárese en que esas limitaciones tienen como sujeto a toda la comunidad de transexuales, lo que ha dado lugar a que en sede de tutela, distintas Salas de Revisión hayan reconocido que “toda la población transgénero” está sometida a “una exclusión social derivada de la imposibilidad de vincularse a actividades productivas formales” y que “debido a la identidad de género asumida, este grupo poblacional ha sido y sigue siendo

objeto de graves discriminaciones en las relaciones sociales y de trabajo”.

“En cuanto parte de “las identidades sexuales minoritarias, esto es, las diferentes a la heterosexual”, la comunidad de transexuales también sufre “la discriminación histórica de la que han sido objeto” esas minorías y “la comprobada y nociva tendencia a equiparar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproches y, en consecuencia, la represión y direccionamiento hacia la heterosexualidad”.

“En reciente decisión relativa al caso de una mujer transexual, la Sala Quinta de Revisión indicó que la actora “hace parte de una minoría sexual que ha sufrido discriminación de manera sistemática y sostenida”, lo que concuerda con lo antes señalado por la Sala Primera de Revisión, al enfatizar que “en la actualidad la población transgénero es uno de los grupos humanos que más sufre discriminación y que con más frecuencia sufre violaciones a los derechos humanos en gran parte del mundo”.

“Con base en lo anterior se ha concluido que “la comunidad trans forma parte de un grupo social históricamente sometido a patrones de valoración cultural negativos, sus integrantes han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos y su situación socioeconómica evidencia de manera nítida las circunstancias de desprotección y segregación que padecen”. La marginación resultante se manifiesta en el hecho de hacer de las personas transgeneristas “las víctimas más representativas de la violencia por prejuicio en la sociedad que se manifiesta de múltiples formas, tales como (i) amenazas escritas o verbales; (ii) agresiones físicas; (iii) intento de homicidio y homicidios, tanto en el hogar como en espacios públicos o abiertos al público; (iv) ejercidos por ciudadanos comunes, individualmente o en grupo; o (v) por la fuerza pública o funcionarios públicos”.

“El panorama descrito se agrava cuando se tiene en cuenta que aun dentro de la comunidad LGBTI las personas transexuales padecen la discriminación proveniente de homosexuales y bisexuales, lo cual se traduce en que “dentro del sector LGBT es justamente la población transgénero la que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos”, pues “constituyen las víctimas más vulnerables y sistemáticas de la comunidad LGBT”.

“Situando esta cuestión en el ámbito del derecho constitucional a la igualdad, la Corte encuentra que, sin perjuicio de las eventualidades concretas que deben ser resueltas

mediante análisis circunscritos al caso particular, la grave discriminación sistemática e histórica a la que se ve sometida la comunidad de transexuales, invita a examinar el asunto ahora abordado desde la perspectiva de la igualdad material o sustancial prevista en el artículo 13 superior, de conformidad con cuyas voces el Estado debe adoptar “medias en favor de grupos discriminados o marginados” y promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”.

“En este sentido la jurisprudencia producida por esta Corporación al revisar decisiones judiciales de tutela ha llamado la atención acerca de que la identidad de género es un criterio sospechoso de discriminación y de que la comunidad transgénero, en cuanto grupo, “requiere medidas especiales de protección”, con la finalidad “de proveer condiciones de vida digna”, dado que “se trata de una población en condiciones de debilidad manifiesta y en esa medida gozan de especial protección constitucional”.

“La discriminación histórica que afecta a la población transexual tiene expresiones en varios campos de la vida social. Así lo ha hecho notar la Corte, al explicar que, según diversos estudios, sus miembros “son constantemente objeto de cuestionamientos y burlas”, en el seno “de su familia y en el entorno social en el que a diario se desenvuelven”, a lo que se suman “los serios obstáculos para acceder y permanecer en el sistema educativo y de salud”, la falta “de las mismas oportunidades que el resto de la población” en el ámbito laboral, “las situaciones de discriminación laboral” que enfrentan “quienes logran acceder a un trabajo”, los ofrecimientos de “trabajos estereotípicos en labores marginales y “con bajos salarios” o la imposición de “límites geoespaciales y barreras de acceso estatales”; razones todas conducentes “a que la mayor parte de esta población se encuentra relegada a situaciones de extrema pobreza, en ocasiones de miseria, enfermedad y exclusión permanente”.

“Así las cosas, aunque el amparo que se brinda a las personas transexuales mediante el mecanismo previsto en el artículo 86 de la Carta suele reparar en la pertenencia de los actores “a un grupo tradicionalmente marginado y discriminado”, lo que los hace sujetos “de especial protección”, la propia índole de la acción de tutela propicia un tratamiento singular, dispensado caso por caso, en un proceder válido que, sin embargo, puede ser superado en sede de control de constitucionalidad y desde la perspectiva de la igualdad material que suministra un escenario adecuado a la “consideración del conjunto de

personas en condiciones de desventaja”, aproximación que, “sin desconocer las circunstancias personales, va más allá de la perspectiva individual de cada uno de los afectados, como precisamente se desprende de la Constitución, pues, en materia de igualdad sustancial, la Carta ordena la adopción de medidas favorables a ‘grupos discriminados o marginados’ “.

“Como lo ha enseñado la Corte, la igualdad sustancial o material comporta “la identificación de situaciones discriminatorias que comprometen a grupos diferenciados por la posición dominante que ejerce algún colectivo sobre otro u otros sometidos a situaciones de marginación, explotación, ausencia de poder, anulación cultural o violencia”, de donde surge una especial relevancia de la noción de grupo social, entendido como “aquel colectivo de personas diferenciadas de al menos otro grupo por formas culturales, prácticas o modos de vida”.

“De conformidad con lo que la Corporación ha explicado en la Sentencia C-385 de 2014:

“Para efectos de la igualdad sustancial y de la adopción de medidas favorables a grupos discriminados o marginados la idea de discriminación que se maneja no parte esencialmente de la consideración de sujetos individuales o de episodios aislados, sino de la verificación de las condiciones de colectivos tradicionalmente marginados y merecedores de la acción estatal dirigida a ‘paliar la situación de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo’, de donde surge que el concepto de discriminación debe ser ampliado para comprender la de índole estructural, que se refiere a las situaciones de injusticia social que presentan ‘distintos aspectos (explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural y violencia) y que la gente sufre en la vida diaria’.

“La consideración de la discriminación como fenómeno estructural implica poner en segundo plano la aproximación individual y favorecer la apreciación del grupo sometido al tratamiento injusto, lo que se traduce en la pérdida de trascendencia de la comparación corriente propia de los juicios de razonabilidad, más apropiada para evaluar los casos específicos de desconocimiento de la igualdad formal y claramente insuficiente para identificar desventajas o perjuicios arraigados en la sociedad con miras a la implementación de medidas de protección o promocionales favorables a grupos discriminados, en cumplimiento del mandato constitucional que impone la búsqueda de la igualdad sustancial.

“En estos eventos el juicio de razonabilidad es sustituido por los análisis empíricos que permiten la identificación de grupos segregados o sometidos, tal como se propuso y se desarrolló a raíz de esta demanda, con fundamento en lo que ha sido la jurisprudencia constitucional producida en sede de revisión de las decisiones judiciales relativas a la acción de tutela. De esta manera, aunque es evidente que los miembros individuales de un grupo reportan beneficio personal de las medidas protectoras promovidas por el Estado, la actuación estatal no consiste primordialmente en atender caso por caso, sino en atacar las causas reales de la injusticia y de la discriminación a partir de la consideración del grupo social que padece las consecuencias de la marginación, conforme lo exige el mandato de adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados y de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”.

“También en esta ocasión la jurisprudencia adoptada en sede de revisión de las decisiones judiciales referentes a la acción de tutela le ha permitido a la Sala Plena identificar a la comunidad de transexuales como un grupo socialmente discriminado, y esto a partir de datos empíricos provenientes de las situaciones particulares ventiladas a propósito del amparo deprecado o del análisis que han adelantado las correspondientes Salas de Revisión que, a veces, incorporan estadísticas ilustrativas.

“Así se ha hecho, por ejemplo, al indicar que, de acuerdo con los estudios adelantados por la Alcaldía de Bogotá, “el 92.44% de personas transgeneristas han sentido algún tipo de discriminación en el ámbito laboral” o que en el informe del año 2007, presentado por la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, después de abordar el déficit de protección de los derechos y garantías de lesbianas, bisexuales y transgeneristas “en diferentes escenarios y facetas sociales como la educación, el trabajo, las relaciones personales y familiares, incluso en el ámbito de salud y en el ámbito judicial”, se haya concluido que “este grupo poblacional no es considerado ni en las políticas públicas, ni en las reivindicaciones que realizan los movimientos por el reconocimiento de los derechos de las mujeres”.

“Resta puntualizar que de la misma manera como en el plano individual se ha advertido que tratándose “de categorías como el género o la orientación sexual, el test deberá ser

estricto”, por procederse en este tipo de escrutinio “ante criterios sospechosos”, al enfrentar el caso desde el punto de vista del grupo, la protección especial que expresamente la Carta prevé “en favor de grupos discriminados o marginados”, denota “un claro interés constitucional” conducente “a un escrutinio de constitucionalidad intenso”, como que en este plano también se hace eco de los criterios sospechosos de discriminación que “activan de manera intensa las posibilidades del control de constitucionalidad”.

“5. Los artículos demandados y la discriminación de las personas transexuales

“Puesto que se ha demostrado la existencia de una discriminación estructural que afecta a las personas transexuales, corresponde, entonces a la Corte, avanzar en el análisis de las disposiciones demandadas, con el objetivo de establecer si las expresiones “varón” y “mujer”, empleadas en ellas para regular algunos aspectos relativos a la definición del servicio militar obligatorio contribuyen a afianzar esa discriminación o si nada tienen que ver con ella. Desde luego, la Corte parte de constatar que el comentado servicio obedece a una obligación constitucional que, según el artículo 216 de la Carta, recae sobre “todos los colombianos”, quienes “están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”.

“Desarrollo de esta previsión superior son los artículos de la Ley 48 de 1993 que han sido demandados y en los que, como ya se ha visto, la obligación de definir la situación militar se predica de “todo varón colombiano” (artículo 10) que con tal finalidad debe inscribirse para definirla (artículo 14), ya resida en el exterior (artículo 23), sea colombianos por adopción residente en el país (artículo 24) o colombiano por nacimiento con doble nacionalidad (artículo 25).

“De acuerdo con la legislación que ha sido objeto de tacha, el varón es el obligado a definir su situación militar y, en su caso, a prestar el correspondiente servicio. En cuanto hace a la mujer, al tenor de lo dispuesto en el también demandado parágrafo del artículo 10, la prestación es voluntaria y será obligatoria si las circunstancias del país lo exigen y el Gobierno Nacional lo determina, eventualidad en la cual se prestará en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente o en actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país.

“Fácilmente se nota la diferencia entre la obligatoriedad que pesa sobre los varones

tratándose de la definición y de la prestación del servicio militar y la voluntariedad que, respecto del mismo servicio, preside la situación de la mujer, al punto que solo por excepción, en las condiciones que señala el precepto acusado y para el cumplimiento de las tareas allí mismo especificadas, el servicio militar podría ser obligatorio.

“Dado que de conformidad con lo expuesto, la noción de transexualidad implica que “una persona transita del género asignado socialmente a otro género”, pues “el papel del género asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la persona”, la utilización en las disposiciones censuradas de los vocablos “varón” y “mujer” para discernir el alcance con que hombres y mujeres deben atender la obligación de definir su situación militar y de prestar el correspondiente servicio, puede entrañar problemas de índole constitucional en aquellos casos en que se produce el tránsito de un género socialmente asignado a otro. A dilucidar si se presentan estos problemas constitucionales procederá la Sala Plena después de realizar una indispensable precisión terminológica.

“Antes de proseguir, conviene destacar que la utilización de las expresiones población transgenerista o comunidad transexual, que hasta aquí ha efectuado

la Corte, pone de manifiesto cierta dificultad de orden terminológico para identificar a este grupo de personas, lo que también es evidente en la jurisprudencia producida en sede de tutela, pues las Salas de Revisión han empleado algunas denominaciones que resulta indispensable recordar aquí, ya que los intentos de clasificación indican que la comunidad transgenerista agrupa diversas identidades, entre las que se encuentran transexuales, travestís, transformistas o drag queens o kings.

“Ya la Corte ha señalado que (i) los transexuales son personas que “transforman sus características sexuales y corporales por medio de intervenciones endocrinológicas y quirúrgicas”, (ii) los travestís son personas “que asumen una identidad atribuida socialmente al sexo opuesto” y algunas de ellas “intervienen su cuerpo con hormonas y cirugías, pero no desean transformar quirúrgicamente sus genitales”, (iii) los transformistas “suelen ser generalmente hombres que adoptan identidades femeninas en contextos de noche, festivos o de espectáculo”, mientras que (iv) los drag queens o kings “asumen una identidad transgresora de los géneros en contextos festivos, en ocasiones exagerando rasgos de masculinidad”.

“Esta diversidad de identidades indica, en primer término, que todos los transgeneristas no están situados en la misma posición respecto de la obligación de definir y prestar el servicio militar y, en segundo lugar, que con miras a decidir la demanda que ahora se estudia, es menester simplificar la terminología y esto teniendo presente que, reiteradamente, la Corporación ha llamado la atención acerca de que en materia de definición e identificación de “personas transgeneristas el debate está abierto”, de modo que no se trata de proponer “un intento de cierre” o de “clasificación en una categoría única”, sino de adoptar una denominación que, atendiendo a la diversidad, facilite la exposición y permita acotar el alcance de esta sentencia.

“En este sentido la Sala estima acertado partir de la distinción planteada en la Sentencia T-099 de 2015, de acuerdo con la cual “las personas transgénero tienen una vivencia que no corresponde con el sexo asignado al momento de nacer”, de modo que “cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos es femenino, dicha persona generalmente se autorreconoce como una mujer trans”, en tanto que “cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia de la persona es masculina, dicha persona generalmente se autorreconoce como un hombre trans”.

“En la demanda el actor utiliza la expresión mujeres transexuales para referirse a “quienes habiendo nacido de género masculino, se han identificado con el género femenino y han adoptado socialmente su condición de mujeres” y, haciendo uso de esta terminología, la Corte ha explicado que se han presentado discusiones públicas acerca de las garantías que, tratándose del servicio militar, “deben tener las mujeres transexuales, sin soslayar que a los hombres transexuales también les conciernen las regulaciones sobre el servicio militar, cuando ello sea procedente”.

“Ciertamente estas definiciones “no se pueden tomar como criterios excluyentes”, porque hallándose involucrada la experiencia de cada persona, “interactúan constantemente”, pero tampoco son irrelevantes, por cuanto expresan el estado actual de una discusión “que por su naturaleza es dinámica” y facilitan el tratamiento de estas cuestiones en la jurisprudencia, como que su comprensión “incide directamente en el entendimiento de los casos y en la eventual atribución de consecuencias normativas”.

“5.1. Las mujeres transexuales y la obligación de definir la situación militar Delimitadas,

entonces, las nociones para los efectos de esta providencia y sabiéndose, de conformidad con esa delimitación, que el problema planteado en el libelo demandatorio y que debe resolver la Corte alude a las mujeres transexuales, quienes a lo largo de su ciclo vital “rechazan el rol masculino asignado por la sociedad, asumen su identidad femenina y transitan hacia un rol social femenino”, resulta necesario precisar, de inmediato, si la prestación del servicio militar obligatorio y su definición constituyen un ámbito en el que tiene incidencia la situación de desventaja a la que son sometidos las personas transexuales.

“En la primera parte de estas consideraciones se indicó que la discriminación histórica que afecta a la población transexual tiene expresiones en varios campos de la vida social y cabe añadir ahora que la definición de la situación militar y la prestación del servicio no son ámbitos ajenos a las manifestaciones de la discriminación estructural que afecta a los transexuales. De nuevo la jurisprudencia elaborada por las respectivas Salas al revisar las decisiones judiciales referentes a la acción de tutela aporta claridad sobre este punto.

“Así, en la Sentencia T-476 de 2014, la Sala Octava de Revisión de esta Corte se pronunció sobre el caso de una mujer transexual que presentó una acción de tutela en contra de la Subdirección de Asuntos LGBT de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá, porque tras haber allegado su hoja de vida a fin de participar en un proceso de contratación “para un sector de la población de mujeres transgénero”, se le notificó que no era posible avanzar en la contratación, por no haber aportado copia de su libreta militar, requisito indispensable para la celebración de contratos con entidades oficiales. “Aunque la Sala de Revisión consideró que no había lugar a entender que la Dirección Nacional de Reclutamiento del Ejército “vulneró los derechos fundamentales”, por no haberse demostrado el adelantamiento de gestiones ante la mencionada Dirección, estimó que la peticionaria fue sometida a una restricción para “el ejercicio de derechos derivados de su identidad”, al serle exigido “un requisito propio del género con el cual no se identifica, como es la libreta militar”.

“En la Sentencia T-099 de 2015, la Sala Quinta de Revisión se refirió a la exigibilidad del servicio militar a las mujeres transexuales, a sus derechos y a los “obstáculos legales y administrativos para el goce de los mismos”, a propósito de la protección impetrada por una mujer transexual en contra de la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del

Ejército Nacional, que se negó a expedirle la libreta militar y le impuso una multa a título de sanción, por haberse inscrito extemporáneamente para definir su situación militar.

“Al evaluar los conceptos e intervenciones, la Sala de Revisión apuntó que “el grueso de los intervinientes coincidieron en que las mujeres transexuales “no deberían tener la obligación de regularizar su situación militar” y luego de hacer una presentación de derecho comparado, puntualizó que todos los ejemplos reseñados “tanto los que se refieren a la situación general de la población transexual como los que se ocupan de los problemas que este grupo padece frente al servicio militar, no solo evidencian la vigencia de discusiones sobre la exigibilidad del servicio militar obligatorio para las mujeres transexuales sino la relevancia constitucional que el tema tiene en otros países”, siendo, además, motivo de discusión lo atinente a “las garantías para que hombres y mujeres transgénero se vinculen a las Fuerzas Armadas en las condiciones que los ordenamientos jurídicos establezcan para hombres y mujeres cisgénero”.

“Realizada esta breve presentación, cabe destacar que en las decisiones de tutela que directamente abordan la situación de las personas transexuales frente a la definición de la situación militar y al correspondiente servicio obligatorio, tiene especial relevancia el caso de las mujeres transexuales que, precisamente, es el esgrimido en la demanda de inconstitucionalidad que examina esta Corte. En la jurisprudencia de revisión esas mujeres son asumidas como miembros de un grupo minoritario y por ello se ha afirmado que la protección efectiva de las garantías fundamentales no solamente debe cobijar a quienes accionan mediante tutela, sino “a toda la población transgénero, la cual requiere medidas especiales de protección frente a la exclusión social derivada de la imposibilidad de vincularse a actividades productivas formales y con el fin de proveer condiciones de vida digna”.

“La anterior afirmación revela la afectación de varios derechos fundamentales causada por la discriminación estructural, afectación que también se produce en el ámbito de la incorporación a filas para la prestación del servicio militar. Aludiendo a la exigencia de la libreta militar, la Corte apuntó que “como lo indican los intervinientes, por la ausencia de definición de la situación militar ese sector de la población LGBT recurre al ejercicio de trabajo informal de la prostitución como fuente de ingresos económicos, lo que genera en algunos casos, el consumo de sustancias psicoactivas, el deterioro de las condiciones de

salud a nivel físico y mental generando para esta población condiciones de existencia incompatibles con la dignidad humana y que impiden el ejercicio de sus derechos en un Estado Social de Derecho que debe ser garante de derechos fundamentales”.

“En concordancia con lo anterior, la Corte ha puesto de presente la limitación que, como consecuencia de la exigencia de la libreta militar, sufren las mujeres transexuales “para acceder al mercado laboral” y, además, ha señalado que la exigencia de “deberes previstos para los varones” viola la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, así como la dignidad humana. Para la Corporación las personas transexuales tienen derecho a definir su identidad sexual, a determinar la exteriorización de su modo de ser, a lucir una apariencia física acorde con su identidad sexual y de género y, en general, a no ser discriminadas por la afirmación de esa identidad.

“De lo anterior se desprende que, para los fines de decidir sobre la incorporación a filas, el Ejército Nacional debe aplicar un enfoque diferencial que tenga en cuenta la identidad de género, reconocer la manera como la persona se define “a sí misma en términos identitarios”, evitar el hacer invisible “su autonomía para determinarse y manifestarse según su plan de vida”, porque “la identidad de género y la orientación sexual son aspectos inherentes a los individuos que hacen parte de su fuero interno, pero deben tener la posibilidad de ser exteriorizados plenamente, de ser reconocidos y respetados, incluso de generar o de excluir ciertas consecuencias jurídicas”.

“La Corte Constitucional llama la atención acerca de que, en ambos casos, al conceder el amparo, las respectivas Salas de Revisión hayan ido de la situación particular a la consideración del grupo, lo cual las llevó a involucrar aspectos de la regulación que sobre el servicio militar contiene la Ley 48 de 1993, habiéndose reflejado esto en la motivación y en la parte resolutive.

“En efecto, la Sala Octava de Revisión, al conceder la protección pedida, ordenó que se contratara a la demandante y, para cumplir esa orden, dispuso que se inaplicara el artículo 36 de la Ley 48 de 1993, inaplicación que, en numeral separado, extendió a “los futuros procesos de selección y contratación en que participen personas transgeneristas a quienes “no se les podrá exigir la libreta militar como requisito para su vinculación mediante nombramiento o contrato de prestación de servicios”.

“Por su parte, la Sala Quinta de Revisión enfatizó que la solicitante del amparo “no requiere de la libreta militar para vincularse laboralmente con el Estado o realizar cualquier otro tipo de gestión ante las autoridades públicas o privadas, quienes no podrán exigirle bajo ninguna circunstancia a riesgo de violar sus derechos fundamentales e incurrir en sanciones judiciales y administrativas por tal conducta” y, en la parte resolutive de la sentencia otorgó la protección solicitada, bajo el entendido de que la actora, como mujer transexual “no es destinataria de las normas sobre reclutamiento y servicio militar obligatorio de la Ley 48 de 1993”.

“En numeral posterior, la Sala ordenó al Ministerio de Defensa y al Comando General de las Fuerzas Armadas que en el plazo máximo de dos meses “desarrollen un protocolo de información y una campaña pedagógica en todos los distritos de reclutamiento del país para que, en caso de que nuevamente una mujer transgénero sea citada a regularizar su situación militar, ésta conozca planamente los límites que tiene la Ley 48 de 1993 y la obligación que tiene la autoridad militar de no realizar ningún procedimiento que vulnere la dignidad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad e igualdad de estas ciudadanas”.

“Al involucrar en lo decidido mediante sentencia de tutela al grupo de mujeres transexuales y, con ello, a la regulación atinente a la obligación de definir el servicio militar obligatorio contenida en la Ley 48 de 1993, las Salas de Revisión mencionadas sientan una jurisprudencia en la que se torna patente el silencio del legislador sobre este grupo poblacional y la inconstitucionalidad de esa falta de regulación que deriva en el mantenimiento de la discriminación estructural históricamente consolidada, en la ausencia de medidas de protección destinadas a lograr que la igualdad sea real y efectiva, así como en la consiguiente prolongación del desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales que les son violados a las integrantes de la comunidad de mujeres transexuales.

“De las disposiciones sobre reclutamiento y servicio militar obligatorio hacen parte los preceptos que han sido demandados en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad bajo el cargo de haber incurrido el legislador en una omisión legislativa de carácter relativo, debido a haber ignorado a las mujeres transexuales por basar la regulación exclusivamente en la dicotomía hombre-mujer, conforme surge de un estricto

criterio biológico que define el género de una persona al momento de nacer, sin atender a la vivencia íntima y personal de cada cual, que puede conducir a una identidad diferente a la asignada por terceros.

“A la luz de lo razonado en las sentencias de tutela que se han citado, la Sala Plena de esta Corte no abriga dudas acerca de la efectiva configuración de la omisión legislativa originada en la actuación parcial del legislador denunciada en el libelo demandatorio y tampoco las tiene acerca de la inconstitucionalidad que tiene su fuente en esa regulación incompleta, por lo tanto, conforme al plan que ha sido trazado, en el siguiente apartado se precisarán algunos aspectos relativos a la omisión legislativa de carácter relativo y se procederá a determinar la manera de superarla, para que las disposiciones demandadas, reguladoras de la definición del servicio militar, sean plenamente acordes con la Constitución.

“6. La omisión legislativa de carácter relativo y su superación

“En forma reiterada, la Corte Constitucional ha sostenido que la omisión legislativa de carácter relativo se presenta cuando, al regular una materia, el legislador omite darle soporte textual a una hipótesis que viene exigida por la Constitución, ausencia que torna incompleto el desarrollo legal y que doctrinariamente ha sido explicada, no como un vacío en la regulación, sino como la manera de dar lugar a un significado implícito y negativo, en cuanto el silencio excluye de un beneficio o de una medida de protección a la persona o al grupo de personas dejadas por fuera al momento de dictar la ley.

“Según esta orientación, la Corporación ha expuesto que el precepto incompleto excluye “de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta”, de donde puede resultar el “incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador o una desigualdad negativa “para los casos excluidos de la regulación legal” y “frente a los que se encuentren amparados por las consecuencias de la norma”.

“En la demanda que se examina la exclusión aducida es la de las mujeres transexuales tratándose de las regulaciones referentes a la obligación de definir la situación militar, contenidas en los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993. Ya se ha adelantado

que las mujeres transexuales conforman un grupo que tradicionalmente ha sido sometido a condiciones de discriminación y que, en su caso, el deber que impone la Constitución, en su artículo 13, consiste en promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y en adoptar medidas favorables, por tratarse de un grupo discriminado o marginado.

“En la regulación que acerca de la definición de la situación militar plasmó el legislador en los artículos demandados se hace mención expresa de los varones como obligados a prestar servicio militar y de las mujeres, en cuanto facultadas para prestarlo voluntariamente ese servicio, que puede tornarse obligatorio en las condiciones legalmente previstas. Como lo señala el demandante, las mujeres transexuales no se sienten incluidas dentro del conjunto de los varones llamados a atender esa obligación constitucional, pero tampoco lo están dentro del concepto de mujer que para regular la opción de prestación voluntaria empleó el legislador, pues el término se utilizó según un criterio estrictamente biológico.

“Puesto que la exclusión de las mujeres transexuales evidencia un desconocimiento de la igualdad en su dimensión sustancial, al que se suman sostenidas violaciones de los derechos tales como la identidad personal, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la propia dignidad humana, ya ha tenido oportunidad la Corporación de precisar que esa exclusión es contraria a la Carta y que esa inconstitucionalidad debe ser superada para que las previsiones legales sean plenamente acordes con la Constitución.

“Como quiera que se trata de una omisión de carácter relativo, para proceder a su superación algunos intervinientes han sugerido un condicionamiento fundado en la adopción de una sentencia de tipo aditivo que, al proyectar los mandatos superiores sobre las disposiciones incompletas, desplace el significado negativo e implícito y aporte el sentido que las previsiones expresas de la Carta imponen. “La omisión relativa se predica de un texto al que le hace falta el ingrediente o la condición que la Constitución exige y, por lo mismo, la sentencia aditiva que pretende superarla debe operar sobre ese texto parcial al que se le agrega, en el plano de sus significados o de las consecuencias lo que la Carta tiene previsto.

En el asunto del que ahora se ocupa la Corte la identificación del texto incompleto requiere de una precisión previa, dado que el actor ha señalado como fuentes de la regulación parcial a unos preceptos en que se impone la obligación de definir la situación militar a los

varones y a una disposición en la cual el legislador alude a la mujer como titular de la prerrogativa de prestar voluntariamente el servicio militar que puede tornarse obligatorio en las condiciones allí mismo indicadas.

“En efecto, los artículos 10, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993 hacen recaer la obligación de definir la situación militar, respectivamente, sobre “todo varón colombiano”, sobre “los varones colombianos residentes en el exterior”, sobre los “varones colombianos por adopción residentes en el país” y sobre “los varones colombianos por nacimiento con doble nacionalidad”, en tanto que el artículo 14 impone a “todo varón colombiano” la obligación “de inscribirse para definir su situación militar”. En este contexto solo el parágrafo del artículo 10 se refiere a la mujer colombiana, para establecer que “prestará el servicio militar voluntario” y fijar las circunstancias en que será obligatorio.

“Tratándose de los artículos que se refieren a los varones se propone que la omisión que radica en no haber mencionado a las mujeres transexuales se superaría mediante la inclusión de una excepción que las cobije, liberándolas de la obligación de definir la situación militar, por cuanto no son hombres, mientras que, tratándose del parágrafo del artículo 10, la omisión proveniente de no entenderse comprendidas las mujeres transexuales dentro de la expresión “mujer colombiana” allí empleada, podría superarse prohibiendo un entendimiento de esa expresión que las incluyera, en la medida en que se asumen como mujeres.

“Ante este panorama, la Corte podría proceder a desarrollar un análisis que teniendo en cuenta los preceptos que aluden a los varones colombianos, concluya en la inclusión de las mujeres transexuales bajo el entendimiento de que, no siendo varones, se encuentran exceptuadas de la obligación de definir la situación militar y agregar al anterior análisis otro que, considerando el parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 conduzca a entender que el vocablo “mujeres” allí contemplado incluye a las transexuales que asumen una identidad de género femenina.

“Pero también podría la Corte, en lugar de adelantar ambos análisis, preferir uno de los dos que se ofrecen como posibilidades y estimar que, siendo uno solo el problema de base, alguno de los procedimientos brinda una mejor solución, en tanto más comprensiva o definitiva que la aportada por el otro. La Corporación estima que este es el camino a seguir

en el caso que ahora la ocupa y hace notar que al operar sobre la expresión “varón”, lógicamente se impondría el tener que obrar sobre todos los preceptos legales que la utilicen para referirse a la definición de la situación militar y, de hecho, el demandante ha dirigido su acusación en contra de cinco de esos artículos: el 10, el 14, el 23, el 24 y el 25 de la Ley 48 de 1993 y nada garantiza que sean los únicos que la emplean para la finalidad anotada o que no se emplee en otras leyes con el mismo sentido y en referencia al servicio militar.

“En cambio, si se toma como base la voz “mujer”, contenida en el párrafo del artículo 10 para radicar en cabeza de la mujer colombiana el servicio militar voluntario, la Corte tendría que operar sobre esa sola disposición y el efecto de la inclusión de las mujeres transexuales dentro del supuesto de este párrafo sería más comprensivo, tendría una mayor capacidad para decidir con carácter definitivo la situación de este grupo de personas respecto de la obligación de definir la situación militar y contaría con un mayor alcance que incluiría los preceptos que aluden a los varones en la Ley 48 de 1993 y aun en otras leyes y documentos normativos que se refieran a la definición de la situación militar.

“Ya la Corte ha indicado que “en caso de acreditarse la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, el remedio que restaura la integridad de la Constitución depende de las circunstancias particulares de la omisión encontrada y del contenido específico de la norma de la cual se predica”. Así, en algunos casos, la solución consiste en la exclusión “de un ingrediente normativo específico que puede considerarse el causante de la omisión, es decir aquel cuya presencia restringe injustificadamente el alcance del precepto, dejando por fuera circunstancias que deberían quedar cobijadas por él”, mientras que en otro, lo procedente es que se dicte una sentencia en la que se declare “que la disposición demandada es exequible, siempre y cuando su efecto se entienda extendido a otras situaciones distintas de las que la norma directamente contempló, precisamente aquellas respecto de las cuales se encontró probada la alegada omisión legislativa”.

“En la doctrina que se ha ocupado de estos asuntos se suele advertir que a la producción de efectos aditivos no se llega siempre por la misma vía, pues en ciertas oportunidades el juez constitucional debe neutralizar la norma implícita de exclusión y poner en su lugar el significado derivado de la exigencia constitucional, mientras que en otras ocasiones las cortes o tribunales constitucionales recurren a una operación simplificada que se vale del

argumento analógico para extender el supuesto expresamente contemplado en la norma, a fin de que sea aplicable a otro supuesto análogo no previsto expresamente.

“El empleo del argumento analógico comporta la existencia de al menos dos interpretaciones: una restrictiva vulneradora de la Constitución y otra extensiva, preferible, ya que, en virtud de su concordancia con la Carta, permite incorporar la situación o el grupo de personas no tenidos en cuenta al redactar el precepto y surte así un efecto aditivo superador de la omisión relativa en que incurrió el legislador. La palabra “mujer”, contenida en el parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 admite una interpretación restrictiva y otra extensiva.

“En efecto, conforme lo ha subrayado la Corte Constitucional, “hasta hace aproximadamente dos décadas, el sexo era comprendido como un atributo vinculado exclusivamente a las características biológicas de una persona momento de su nacimiento y, por lo tanto, un dato inmodificable”, porque “el sexo de una persona como masculino o femenino estaba determinado por los órganos genitales con los que se nacía”.

“En su jurisprudencia inicial la Corte Constitucional participó de esta comprensión y estimó que “el sexo es un componente objetivo del estado civil que individualiza a la persona, pues como hecho jurídico no depende de la apreciación subjetiva de quien lo detenta, sino del carácter objetivo que tiene por ser un hecho de la naturaleza física”. En atención a estos criterios, la Corporación señaló, por ejemplo, que “en su acepción más simple el término mujer comprende a toda persona de sexo femenino, cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada o no, integrada o no a una familia”.

“Esta aproximación persiste en el concepto que la Procuraduría General de la Nación allegó a este proceso, en el cual se solicita la declaración de exequibilidad de las disposiciones demandadas, en las que el Ministerio Público no advierte omisión alguna “de la que se derive un trato discriminatorio injustificado”, pues “cuando el legislador señala la obligatoriedad del servicio militar, acudiendo al criterio del sexo, señalando que están exceptuadas las mujeres y obligados los varones, establece como elemento de diferenciación un asunto biológico objetivo y no una referencia a la psicología, a la autonomía, o a ciertas características sociales de lo que se entiende por ‘varonil’ “.

“Sin embargo, se debe anotar que el entendimiento del sexo como un atributo

exclusivamente ligado a las características biológicas presentes en el momento en que una persona nace ha variado y que ese cambio tiene relación con “la visibilización de las personas intersexuales y las personas transgénero”, así como con “una mayor definición de los derechos a la libre orientación sexual y la libre identidad de género”, sin olvidar que en esta evolución también tiene su parte “la necesidad de abandonar la idea equivocada de considerar el transgenerismo como una enfermedad o una anormalidad”.

“La jurisprudencia que la Corte Constitucional ha adoptado en sede de revisión ha registrado el mencionado cambio y últimamente ha insistido en la distinción entre orientación sexual e identidad de género, precisando que la primera “abarca los deseos, sentimientos y atracciones sexuales y emocionales que pueden darse frete a personas del mismo género, de diferente género o de diferentes géneros”, mientras que la segunda corresponde a “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona lo siente profundamente”, vivencia “que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo”.

“Así, las personas cisgénero “tienen una vivencia que se corresponde con el sexo asignado al nacer”, de tal modo que “cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos, es masculina, dicha persona es un hombre cisgénero” y “cuando el sexo asignado al nacer es femenino, y la vivencia de la persona también es femenina, dicha persona es una mujer cisgénero”. Tratándose de las personas transgénero, conforme ha sido anotado, la vivencia no corresponde al sexo asignado al momento del nacimiento y, por lo mismo, cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia es masculina, la persona es un “hombre trans” y cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia es femenina, la persona es una mujer transexual.

“El parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 directamente alude a la mujer cisgénero al conferirle carácter voluntario a la prestación del servicio militar, lo que no significa que, “en la lógica del precepto” a la mujer se le libere del cumplimiento obligatorio del mismo en “determinadas condiciones”, allí mismo previstas, debiéndose destacar que la jurisprudencia constitucional ha ampliado el concepto de mujer para que también comprenda a las transexuales que, se repite, habiendo sido asignadas al sexo masculino en el momento de su nacimiento, tienen una vivencia personal femenina que debe ser respetada, en cuanto resultado de “una definición sexual marcada por la identidad de

género como exigencia de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad”.

“De ahí que la Corte haya manifestado que la exigencia de la libreta militar es un requisito “inaplicable a las personas que han construido su identidad como mujeres transgénero, en cuanto su identidad no corresponde al concepto de varón”, por lo cual las autoridades no pueden “hacer caso omiso de la identidad de la persona” para exigir un requisito aplicable a los varones, cuando ese género no corresponde a la identidad construida por la persona, pues “si una persona se reconoce como mujer transgénero, y construye su identidad en la vida pública y social como mujer transgénero, exigirle un requisito propio del género con el cual no se identifica como es la libreta militar, desconoce su derecho a desarrollar su identidad de género, es decir a autodeterminarse”.

“En materia que tiene mayor coincidencia con la debatida a propósito de la demanda que se resuelve mediante esta sentencia, la jurisprudencia de revisión ha dejado en claro que la mujer transexual sufre “un trato denigrante al ser tratada de manera sistemática como si fuera un hombre” y, por ello, la Sala Quinta de Revisión de esta Corte, concluyó, categóricamente, que “las mujeres transgénero que se autorreconocen plenamente como tales, por ser mujeres, no están sujetas a las obligaciones legales dirigidas a los varones y derivadas de la Ley 48 de 1993”, luego no son destinatarias “de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio” y el ordenamiento jurídico no les impone “reportarse ante las autoridades militares para prestar su servicio o solicitar la expedición de la libreta en las condiciones señaladas por la ley”.

“Fluye de todo lo expuesto que el entendimiento restringido de la expresión “mujer” ha sido superado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que se ha decantado por una comprensión amplia que incluya dentro de esa definición a las mujeres cisgénero y a las mujeres transexuales, lo que, desde luego, impone abandonar la noción restringida de mujer que el legislador tuvo en cuenta al elaborar el parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 y acoger la interpretación extensiva del vocablo que incorpora a las mujeres transexuales, como forma de superar la omisión legislativa relativa y de atender a la construcción de la igualdad real y al respeto de los derechos que, tratándose de la definición de la situación militar, se les desconocen a las mujeres transexuales a causa de la discriminación histórica a la que se han visto sometidas.

“Finalmente, la Corte hace énfasis en que la decisión adoptada constituye respuesta a la omisión legislativa de carácter relativo detectada en el párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 y en que, por ello, su efecto es aditivo, pues cuando se procede a preferir la interpretación extensiva, descartando la restrictiva por inconstitucional, se suele afirmar, erróneamente, que se profiere una sentencia interpretativa, debido a que se repara en que el texto admite dos interpretaciones, una ajustada y otra contraria a la Constitución, entre las que se escoge la que se aviene a la Carta y se neutraliza la que la contradice.

“La Corporación no desconoce que la manera de proceder es similar a la que se acostumbra en el caso de las sentencias interpretativas, sin embargo, se debe precisar que la clase de sentencia que se adopte depende de la conjugación de al menos tres factores, a saber: la situación que se presenta, la actuación del juez constitucional ante esa situación y el resultado al que conduce esa actuación. La situación que da origen a una sentencia interpretativa consiste en que una disposición tiene un contenido conformado por varias interpretaciones de las cuales unas se ajustan a la Constitución y otras le son contrarias. Ante esa situación el juez neutraliza los sentidos inconstitucionales y acoge las lecturas adaptadas a la Carta, lo que produce una reducción del contenido normativo de la disposición enjuiciada, porque de él se apartan los significados inconstitucionales y la disposición se conserva con un contenido reducido a sus significados ajustados a la Constitución. Tratándose de las sentencias aditivas o integradoras, con independencia de la manera como el juez actúe, el resultado no es de reducción sino de ampliación del contenido normativo, porque se trata de superar una omisión relativa y eso no se puede hacer sino agregando la interpretación que hace falta para que la disposición sea plenamente constitucional. Así, aunque, como en este caso, el proceder del juez implique selección entre dos interpretaciones, una restrictiva e inconstitucional y otra extensiva y constitucional, el resultado último de esa operación es la ampliación del contenido normativo que surge, precisamente, de preferir la interpretación extensiva.

“Así lo ha entendido la Corte al decidir, por ejemplo, una demanda en la cual se cuestionaban unos artículos que le permitían a uno de los cónyuges adoptar el hijo del otro. La Corporación encontró que el demandante no censuraba lo prescrito en las disposiciones, “sino la omisión del legislador al no incluir en sus supuestos a los compañeros permanentes” y ante esa situación consideró indispensable “formular una sentencia integradora” que mantuviera el texto demandado a condición de entender que “dichas

normas también se aplican a los compañeros permanentes”.

“Así las cosas y de conformidad con lo expuesto, la decisión que se adopta en esta oportunidad recae sobre el párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 que se declarará exequible siempre y cuando se entienda que el vocablo “mujer”, en él contenido, también comprende a las mujeres transexuales.

“Puesto que también han sido demandados los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993, en cuanto se refieren al varón como obligado a definir su situación militar, resta apuntar que el acogimiento de la interpretación extensiva del vocablo mujer, torna innecesario operar sobre expresiones o vocablos diferentes, ya que la adición generada mediante esta sentencia tiene un amplio alcance que comprende la lectura que en adelante haya de dársele al término “varón” para los efectos relacionados con la prestación del servicio militar.

“Sin embargo, siendo que la exequibilidad condicionada del párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 incide directamente sobre el vocablo “varón” contenido en los otros artículos demandados, no sobra respecto de ellos la declaración de exequibilidad que proviene, precisamente, de la influencia de la decisión aditiva adoptada, pues habiéndose ampliado la comprensión del vocablo mujer en el sentido atrás precisado, es más que evidente que en la expresión “varón” ya no pueden quedar comprendidas las mujeres transexuales. Como tal entendimiento deriva de la manera como la Corte ha obrado en la presente providencia, la exequibilidad de los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993 será declarará por el cargo examinado y en los términos de esta sentencia.

“Adicionalmente, la Corte insistirá en la exhortación dirigida al Congreso de la República en algunas decisiones de tutela, a fin de que tramite una ley que regule de forma integral y sistemática los derechos de las personas transexuales.

“7. Síntesis de la providencia

“Al abordar la demanda presentada en contra de los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993 bajo el cargo de incurrir en omisión legislativa de carácter relativo, debido a no haberse referido a las mujeres transexuales tratándose de la obligación de definir la situación militar, la Corte encontró que esas personas hacen parte de un grupo sometido a

una discriminación estructural, lo que exige la promoción de medidas protectoras que hagan posible la igualdad real y efectiva, pues su histórica condición de desventaja se manifiesta, además, en la violación de varios de sus derechos fundamentales, como la autonomía, la identidad sexual, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

“La Corporación consideró que la discriminación estructural también proyecta sus consecuencias en el ámbito de la definición de la situación militar y que las disposiciones demandadas, efectivamente dan lugar a una omisión legislativa parcial, pues el legislador guardó silencio respecto del grupo de mujeres transexuales que asumen una identidad de género distinta a la masculina que les es asignada al momento de nacer.

“Para superar la omisión legislativa relativa, la Corte descartó fundarla en las disposiciones demandadas que asignan al varón colombiano la obligación de definir la situación militar y decidió tomar como base de la inactividad parcial del legislador el parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, también demandado, en cuanto hace referencia a la “mujer” a partir de un criterio biológico aplicado al nacer, para tener como voluntario en su caso el servicio militar que, sin embargo, en las condiciones allí mismo establecidas, puede tornarse obligatorio.

“La Corporación estimó que la palabra “mujer” tiene el sentido restringido que presidió la elaboración del precepto, pero también el sentido amplio que comprende a las mujeres transexuales, de acuerdo con una evolución que ha sido acogida por la jurisprudencia de la Corte y, en particular, por aquella últimamente adoptada en sede de revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales. La superación de la omisión legislativa llevó a preferir esta interpretación extensiva y se concluyó en la exequibilidad del parágrafo, siempre y cuando se entienda que el vocablo “mujer”, en él contenido, también comprende a las mujeres transexuales.

“En cuanto hace al resto de las disposiciones, demandadas porque el término “varón” en ellas contenido involucra a las mujeres transexuales la Corte puso de presente que el acogimiento de la interpretación extensiva del vocablo “mujer”, tiene una incidencia directa en lo que en adelante ha de entenderse por “varón”, pues la mujer transexual ya no podrá tenerse por tal para los efectos de definir la situación militar, definición que se hará de

conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993. En virtud de lo expuesto y como una manera de evidenciar el alcance de la sentencia aditiva adoptada, se declarará la exequibilidad de los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993 por el cargo examinado y en los términos de esta providencia”.

Me reafirmo entonces en la idea de que si hubiese procedido el análisis de fondo del asunto, en mi criterio, la interpretación extensiva o amplia del vocablo “mujer” garantizaba la protección de los derechos de las mujeres transexuales, en tratándose del servicio militar, por lo que la misma brindaba la posibilidad de superar la omisión legislativa configurada y que, de este modo, este grupo minoritario podía definir su situación militar en los mismos términos en los que pueden hacerlo todas las demás mujeres; interpretación que, por resultar inclusiva, implícitamente eclipsaba la discriminación estructural que se avizora en los preceptos demandados.

Fecha ut supra.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] Entre los segmentos siguientes, los referidos a la norma acusada, las intervenciones y el Concepto del Ministerio Público, se hicieron en parte con base en la ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, derrotada por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

[2] Los referentes de derecho extranjero son: La Resolución de abril de 2015 de la “Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa”; una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de Turquía, cuya identificación no se precisa; una Ley del Parlamento Danés, de cuya identidad se menciona que “entró en vigor el 1 de septiembre de 2014”; una decisión de la Corte Administrativa de Estocolmo, Suecia, cuya identidad no se especifica; la Ley 3 de 2007 de España; una Ley del gobierno autónomo del País Vasco, cuyo número no se expone; la Ley 2 de 2014 del Parlamento de Andalucía; y la Ley 26.743 de 2012 de Argentina.

[3] Folios 15 y 16.

[4] Folios 15 y 16.

[5] Por otro lado, menciona que las Naciones Unidas ha reconocido a las personas transgeneristas, transexuales, homosexuales y bisexuales como una población digna de particular atención por los altos índices de agresiones y discriminación de la cual ha sido objeto en varios países del mundo “Al respecto pueden ser consultados Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, la Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género de la OEA, el documento de análisis de informes Es tabúes sobre Derechos Humanos – Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos del Comité de Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas (CCPR/C/79/Add. 76) de 1997 refiriéndose específicamente a Colombia, el pronunciamiento de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al referirse a la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 2004, en documento E/CN.4/2005/10 del 28 de febrero de 2005, entre otros”. Sobre los temas de sexo y género, explica que, en primer lugar se ha demostrado que el sexo biológico no es una realidad binaria universal, sino que frente a esta se presentan variaciones entre los individuos. La clasificación binaria en dos sexos es un producto cultural, lo cual se ve reflejado en la distinción establecida en la Ley 48 de 1993 que diferencia hombres y mujeres, basándose en un supuesto cultural de fuerza y discusión física para el ejercicio de determinadas actividades, en este caso la guerra o actividades militares que tiene uno de los sexos. Por otro lado, muchos ordenamientos sociales asignan diferentes roles de acuerdo al sexo de la persona, realizando una distribución de autoridad y poder que pone en un primer plano al hombre sobre la mujer, y ello se debe al marco histórico, social y cultural de estos ordenamientos.

[6] El Ministerio Público agrega que En efecto, según esta teoría estas diferencias son el producto de la cultura de una época y lugar determinados, que le asigna a cada grupo de personas una serie de características que se explican por las conveniencias de las estructuras sociales de dicha sociedad. Y, como consecuencia de esto, entiende que lo masculino y lo femenino se reducen a “roles” que cada quien asume libremente según la orientación sexual que elija, por lo que el sexo biológico resulta absolutamente irrelevante a la hora de definir la identidad sexual de las personas. Advierte que resulta imposible hacer una demostración científica de las tesis filosófico-antropológicas de la ideología de género,

porque precisamente, se trata de una ideología que, como tal, tiene la predeterminada finalidad de “deconstruir” cualquier tipo de orden sexual, “normalizando” toda forma de sexualidad tradicionalmente percibida como “antinatural”, en beneficio de un pansexualismo sin ningún tipo de obstáculo, basado a su vez, en un polimorfismo sexual imposible de clasificar y que va desde las ya conocidas categorías significadas por la sigla LGBTI hasta la denominada Queer Theory que rechaza la categorización sexual de cualquier individuo como varón-mujer, heterosexual-homosexual, diluyendo la misma noción de género, además de la clásica noción de sexo.

[7] “La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental”, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa”. Sentencia C-1052 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[8] Que “sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita” e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”. Sentencia C-1052 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[9] “Las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”. [9] El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución

Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.” Sentencias C-1052 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[10] “La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa” a partir de una valoración parcial de sus efectos.” Sentencia C-1052 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[11] “La suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara

a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”. Sentencia C-1052 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[12] En los folios 15 y 16 dice la acción pública: “En el caso del servicio militar, alguien que en ejercicio de su derecho a la identidad y construcción sexual se ha auto determinado con un género distinto al que objetivamente le fue asignado al nacer en su registro civil, femenino en el caso de las mujeres trans, pero que continúa ostentando en su documento el género masculino según la Ley 48 de 1993 debería por ser ‘varón’ ante el Estado cumplir con el servicio militar obligatorio. Sin embargo, en contravía de ello los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y los avances a nivel internacional en los derechos de las personas transgénero han sido enfáticos en que deben ser tratadas conforme al género que ellas han auto determinado, lo que sin duda es muestra clara del vacío de la legislación referente a la situación de la persona transgénero frente a la prestación del servicio militar y que en nuestra consideración no es más que un efecto de la dificultad para obtener un cambio de género en el registro civil, que vulnera el derecho a la igualdad, identidad sexual, libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación como expresión de este”.

[13] Sentencia C-185 de 2002.

[14] Sentencia T-455 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[15] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra., reiterado en las jurisprudencia C-879 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-455 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[16] Sentencia C-561 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[17] M.P. Fabio Morón Díaz.

[18] Corte Constitucional, sentencia No. C-410 de 1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

[19] “Para el total nacional, los resultados de mercado laboral por sexo del trimestre julio-septiembre de 2015 mostraron que la tasa de desempleo de los hombres se ubicó en 6,9% y de las mujeres en 11,7%. La tasa global de participación de los hombres se ubicó en 74,5%>, frente a la de las mujeres que fue 54,7%>. Entre tanto, la tasa de ocupación de los hombres fue 69,4%> y la de las mujeres 48,4%. La principal posición ocupacional para los

hombres fue obrero y empleado particular con 44,5%, y para las mujeres fue trabajador por cuenta propia con 40,3%. Por otra parte, la rama comercio, hoteles y restaurantes fue la principal fuente de empleo en el total nacional tanto para las mujeres como para los hombres con 34,5% y 22,9%, respectivamente. Finalmente, el 56,2 %> de las mujeres inactivas se dedicó a oficios del hogar, mientras que el 61,7% de los hombres inactivos se dedicó principalmente a estudiar.” DAÑE, resultado sobre mercado laboral, julio - septiembre de 2015. Consultado el 20 11 2015 de: <http://www.dane.gov.co/index.php/mercado-laboral/segun-sexo>

[20] “de acuerdo con las cifras registradas por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas en el Registro Unico de Víctimas -RUV- al 1 de mayo de 2014, 5110 personas reportaron ser víctimas de delitos contra la integridad sexual entre 1985 y 2013, de las cuales cerca de un 86% son mujeres. Según la entidad, el 21% de las víctimas reportaron edades entre los trece y veintiséis años. Las niñas, hasta los doce años de edad representaron el 2.2 % del total de víctimas y las mujeres mayores de veintiséis años ocuparon el 57.4% de la cifra general. Igualmente, de acuerdo con la entidad, al 1 de mayo de 2014 fueron reportados 2461 casos de tortura contra mujeres víctimas. Estas torturas en numerosos casos pueden comportar una connotación sexual para las mujeres. Según cifras de la Unidad Administrativa para la Reparación Integral a las Víctimas del Conflicto,” Corte Constitucional, Auto 009 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[21] Consejo Permanente de la Organización de los Estados Unidos Americanos. ORIENTACION SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO Y EXPRESIÓN DE GÉNERO: ALGUNOS TÉRMINOS ESTÁNDARES RELEVANTES: [Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género] 2012, Pág. 3.

[22] Organización Mundial de la Salud, Integración de las perspectivas de género en la labor de la OMS. 2002. Consultado el 13 de noviembre 2015 de: <http://www.who.int/gender/mainstreaming/ESPwhole.pdf>

[24] Ver entre otros: Amnistía Internacional “Colombia cuerpos marcados crímenes silenciados -Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado” ENCO,

Madrid, 2004.; Fajardo Luis Andrés, Valoyes Rosa; Violencia Sexual como crimen internacional perpetrado por las FARC, U. Sergio Arboleda, 2014.;

[25] ARTICULO 27. Exenciones en todo tiempo. Están exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagan cuota de compensación militar: a) Los limitados físicos y sensoriales permanentes; b) Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica.

ARTICULO 28. Exención en tiempo de paz. Están exentos del servicio militar en tiempo de paz, con la obligación de inscribirse y pagar cuota de compensación militar: a) Los clérigos y religiosos de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes. Así mismo los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias, dedicados permanentemente a su culto; b) Los que hubieren sido condenados a penas que tengan como accesorias la pérdida de los derechos políticos mientras no obtengan su rehabilitación, c) El hijo único hombre o mujer, d) El huérfano de padre o madre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento; e) El hijo de padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, cuando éstos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia siempre que dicho hijo vele por ellos; f) El hermano o hijo de quien haya muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, en actos del servicio o como consecuencia del mismo, durante la prestación del servicio militar obligatorio, a menos, que siendo apto, voluntariamente quiera prestarlo; g) Los casados que hagan vida conyugal; h) Los inhábiles relativos y permanentes; i) Los hijos de oficiales, suboficiales, agentes y civiles de la Fuerza Pública que hayan fallecido o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo, a menos que siendo aptos, voluntariamente quieran prestarlo.

[26] ARTÍCULO 140. EXENCIÓN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR. Salvo en caso de guerra exterior, las víctimas a que se refiere la presente ley y que estén obligadas a prestar

el servicio militar, quedan exentas de prestarlo, sin perjuicio de la obligación de inscribirse y adelantar los demás trámites correspondientes para resolver su situación militar por un lapso de cinco (5) años contados a partir de la fecha de promulgación de la presente ley o de la ocurrencia del hecho victimizante, los cuales estarán exentos de cualquier pago de la

cuota de compensación militar.

[27] Sentencia T- 977 de 2012 M.P. Alexei Julio Estrada, reiterada en las sentencias T -099 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-584 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[28] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[29] Resaltado fuera del texto.

[30] Ibídem.

[31] M.P. María Victoria Calle Correa.

[32] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[33] Sentencia T-063 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

2121 Al respecto, la orden Segunda de la Sentencia T-063 de 2015 estableció, en un caso de cambio legal del sexo en el Registro: “La Registraduría deberá adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la reserva del primer registro, que solo podrá ser consultado por la actora, por orden

judicial que disponga su publicidad en un caso concreto, o por parte de las autoridades públicas que lo requieran para el ejercicio de sus funciones”.

[35] Art. 10

[36] Ver: Ley 1761 de 2015, “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones”.

[37] Ver: Ley 1257 de 2008, “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”; Ley 1542 de 2012. “por la cual se reforma el artículo 74 de la ley 906 de 2004, código de procedimiento penal.”.

[38] Ver: Ley 1719 de 2014, “Por la cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de

2000,906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”

[39] Al respecto pueden verse: Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-551 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional. Sentencia T-692 de 199 M. P. Carlos Gaviria Díaz y T -099 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

[40] Entre otras sentencias T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-152 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-062 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y Sentencia C-584 de 2015 Gloria Stella Ortiz Delgado