

C-220-19

Sentencia C-220/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMA QUE REGULA EL SERVICIO DE RECLUTAMIENTO-Inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Concepto de violación

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

CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Requisitos

Expediente: D-12897

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso primero (parcial) del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017 “[p]or la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”.

Demandantes: María Lucía Torres Villareal, Natalia Rodríguez Álvarez, María Alejandra Gálvez Álzate y Sarah Juliana Pinilla Rubiano.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D. C., veintidós (22) de mayo dos mil diecinueve (2019)

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 Ley 2067 de 1991, ha proferido la presente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241 de la Constitución Política, María Lucía Torres Villareal, Natalia Rodríguez Álvarez, María Alejandra Gálvez Álzate y Sarah Juliana Pinilla Rubiano solicitaron a la Corte la exequibilidad

condicionada de la expresión “varón”, contenida en el artículo 11 de Ley 1861 de 2017, por no regular de forma específica la situación militar de los hombres transgénero.

Mediante auto del 27 de septiembre de 2018, el Magistrado Sustanciador dispuso admitir la demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “varón” del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017 por la presunta violación de los artículos 1º, 13 y 16 de la Constitución Política[1]. En dicha providencia también decidió inadmitir la demanda por el cargo de omisión legislativa relativa. En adición a ello, concedió a las ciudadanas María Lucía Torres Villareal, Natalia Rodríguez Álvarez, María Alejandra Gálvez Álzate y Sarah Juliana Pinilla Rubiano el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de este auto, para que procedieran a corregir la demanda, en los términos que se indicaban en dicha providencia[2].

De conformidad con la constancia de la Secretaría General de la Corte[3], las demandantes presentaron el escrito de corrección oportunamente, el 4 de octubre de 2018[4]. El 18 de octubre de 2018, al considerar que las cargas argumentativas presentadas satisfacían, en principio, las exigencias del Decreto 2067 de 1991 para estos asuntos, el Magistrado Sustanciador se dispuso a admitir la demanda contra el inciso primero (parcial) del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017 por el cargo de omisión legislativa relativa[5].

A. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe la norma demandada, subrayando y resaltando en negrilla la expresión cuestionada:

“Ley 1861 de 2017

(agosto 4)

Diario Oficial No. 50.315 de 4 de agosto de 2017

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

“Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

“ARTÍCULO 11. OBLIGACIÓN DE DEFINIR LA SITUACIÓN MILITAR. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar como reservista de primera o segunda clase, a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad y hasta el día en que cumpla 50 años de edad”.

B. LA DEMANDA

Las demandantes solicitan declarar la exequibilidad condicionada del inciso primero del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, bajo el entendido de que el término “varón” también cobija los hombres transgénero[6]. Conforme a ello, indica la demanda, resulta coherente que los hombres transgénero cuenten con un procedimiento que les permita definir su situación militar y obtener la respectiva libreta militar, como documento característico de su masculinidad, en condiciones que respeten y garanticen su dignidad humana, su libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y sus demás derechos fundamentales.

Los cargos admitidos se sintetizan de la siguiente manera:

(1) Cargo por violación de la dignidad humana

En opinión de las demandantes, la dignidad humana, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1º Superior, comprende la facultad que tiene toda persona para elegir de forma libre y autónoma su proyecto de vida, siempre que ello no interfiera con los derechos de los otros individuos. Para diseñar un plan de vida de acuerdo a las preferencias y características de cada persona, la definición libre de la identidad de género y la orientación sexual adquieren relevancia especial, dado que son aspectos esenciales de la identidad individual.

La identidad de género como componente de la identidad personal no tiene que corresponder a la clasificación biológico – corporal del sujeto, pues el sexo y el género son conceptos distintos: el primero es una forma de identidad basada en las diferencias biológico – hormonales, mientras que la identidad de género es el resultado de un proceso de construcción social. La comunidad transgénero ha atravesado por un largo proceso en

que han buscado el reconocimiento por parte del Estado de su identidad sexual, y los mecanismos y procedimientos necesarios para poderla expresar de manera libre y de conformidad con su proyecto de vida y sus elecciones[7]. Sin embargo, aun cuando los avances son amplios todavía hay campos donde se siguen presentando vacíos que desconocen el auto reconocimiento que hacen los individuos de su género y que, en consecuencia, vulneran su dignidad humana.

Ejemplo de esta situación es la libreta militar, la cual es un documento que portan los hombres colombianos como prueba de la definición de su situación militar al cumplir la mayoría de edad y que se asocia con la masculinidad. Sin embargo, tal documento no se expide para los hombres transgénero, lo que impide que puedan ser reconocidos de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad y de su construcción identitaria. Es por esta razón, que debe entenderse que el término “varón” introducido en el artículo objeto de análisis, incluye a los hombres transgénero, a efectos de que estos sujetos puedan materializar y exteriorizar la identidad de género con la cual se reconocen, sin ningún tipo de barrera administrativa.

Además, ante la imposibilidad de presentar este documento cuando es requerido en distintos trámites, los hombres transgénero se ven en la necesidad de revelar las razones por las que no lo poseen lo que, a juicio de las demandantes, supone una interferencia en sus proyectos de vida:

“Es bien sabido que en infinidad de escenarios de la cotidianidad de nuestros países se les exige a los hombres la presentación de este documento, por citar ejemplos, en las requisas preventivas que realiza la policía se exige la presentación de la libreta militar o al momento de efectuar una contratación laboral. El hecho de no poseer este documento obliga a la persona transgénero a relatar que no lo poseen porque se es un hombre transgénero, lo cual va en contra de su dignidad como persona y de sus derechos fundamentales a la intimidad, a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad (...)”[8].

Conforme con lo anterior, la demanda solicita que (i) se interprete y condicione el contenido del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, a fin de que se entienda que el término “varón” incluye a hombres transgénero; y (ii) señale el procedimiento que deben seguir los hombres transgénero para regular sus situación militar, tanto en los casos que realizan su tránsito

antes de cumplir los dieciocho (18) años, como en aquellos en los que lo realizan con posterioridad. Además, es necesario que el Ejército Nacional adopte protocolos que deben seguir los hombres transgénero al momento de regular y expedir su libreta militar, con miras a que se respete la dignidad de estas personas durante ese procedimiento.

(2) Cargo por violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad

Manifiestan las demandantes en su escrito que los documentos de identificación son los medios a través de los cuales la persona es reconocida como sujeto de derecho frente al Estado. La libreta militar tiene la finalidad de servir como documento de identificación de su portador que diferencia a hombres y mujeres dentro del Estado Colombiano, pues los primeros deben contar con este documento, mientras que las segundas no. En consecuencia, la libreta militar es un indicador de género dado que se entiende que su portador pertenece al género masculino y, por ese motivo, constituye a la vez un elemento de definición de la identidad de género masculina.

Es deber de los Estados brindar los mecanismos necesarios para facilitar que los registros y documentos de identificación respondan a las elecciones y a la identidad de género de las personas. Sin embargo, en la actualidad no existe regulación que precise lo que deben hacer los hombres transgénero para definir su situación militar y obtener su libreta militar. De ahí que, ante la imposibilidad de portar una libreta militar se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los hombres transgénero, pues ese vacío normativo representa un obstáculo para el pleno ejercicio de su libre autodeterminación. En tal dirección, “(...) negar a una población determinada los mismos mecanismos que tienen personas en situaciones similares obstruye la exteriorización que los hombres transgénero quieren realizar de su identidad”[9].

El hecho de que los hombres transgénero no tengan acceso a la libreta militar implica que deben verse obligados a revelar su condición contra su voluntad, vulnerando así su derecho a la intimidad, pues la identidad de género hace parte de la esfera personal del individuo. Los hombres transgénero deben poder acceder a la obtención de tal documento, a fin de poder construir su identidad como a bien lo tengan.

(3) Cargo por violación del derecho a la igualdad

En opinión de las demandantes, respecto de los hombres transgénero la garantía de la igualdad se traduce en la necesidad de tener resuelta su situación militar, como cualquier otro ciudadano hombre[10]. No obstante, tal regulación debe ser distinta en cuanto a las medidas que se adopten durante el proceso de normalización del estatus militar, pues se trata de un grupo de especial protección constitucional cuyos integrantes podrían quedar expuestos a la divulgación forzada de su identidad[11].

De la demanda se desprende que la acusación por violación del derecho a la igualdad tiene dos dimensiones.

La primera dimensión -violación del mandato de trato igual- supone que, dado que la expresión “varón” no necesariamente incluye a los hombres transgénero, se desconoce dicho mandato. Tal expresión parte de una perspectiva puramente biológica. En efecto, no puede establecerse un trato diverso entre sujetos que se reconocen como hombres. Así las cosas, el apartado demandado genera una desigualdad negativa entre hombres “cisgénero” -aquellos que tienen una vivencia que corresponde con el sexo asignado al nacer- y hombres transgénero -aquellos que tienen una vivencia que no corresponde con el sexo asignado al momento de nacer- generando una situación que afecta los derechos de una población en condición de debilidad manifiesta. Esto implicaría, en consecuencia, que los hombres transgénero carecerían de una regulación en la materia.

Ello contrasta con las mujeres transgénero quienes, con fundamento en diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, ya tienen su situación definida y en virtud de ello se encuentran exentas de prestar el servicio militar obligatorio. En ambos casos se trata de personas que tienen algo en común, esto es, una inconformidad con el género que les fue asignado al nacer, pero frente a las que existe una diferencia de trato, en particular la relativa a la barrera para el ejercicio de la identidad de género de los hombres transgénero. Afirman que aun cuando la Corte Constitucional protegió los derechos de las mujeres transgénero a través de la sentencia T-099 de 2015, tal decisión no cobijó a los hombres transgénero, por lo que persiste un vacío acerca de la forma de regular su situación militar.

La segunda dimensión -violación del mandato de adoptar un trato especial- destaca que en el evento de concluir que los hombres transgénero se encuentran comprendidos por la

expresión “varón”, es necesario adoptar un trato diferencial-, con el fin de que los procedimientos dispuestos no vulneren sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. En esta dirección, se requiere de “(...) la regulación de un trato diferenciado, con el fin de que los procedimientos dispuestos para la adquisición de la libreta militar para los hombres cisgénero, no vulneren los derechos a la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad de los hombres transgénero, quienes acorde a sus condiciones biológicas y psicológicas requieren de un procedimiento distinto, que reestablezca mediante acciones afirmativas su derecho a la igualdad”[12].

Los hombres transgénero requieren contar con su libreta militar con el fin de presentarse como hombre en sociedad y poder gozar de sus derechos. No obstante, el procedimiento para obtenerla debe tener en consideración la situación de indefensión en la que ellos se encuentran respecto de los “hombres cisgénero”.

(4) Cargo por la configuración de una omisión legislativa relativa

Afirmaron las demandantes que la “omisión legislativa relativa” se configura en tanto la expresión demandada excluye a los hombres transgénero del procedimiento necesario para obtener la libreta militar y, como resultado de ello, deja indefinida su situación militar. Así las cosas, a juicio de los demandantes, se debe “neutralizar” el “efecto contrario a la Constitución mediante la incorporación de un significado ajustado a los mandatos constitucionales”.

La configuración de la “omisión legislativa relativa” puede demostrarse a partir de los siguientes argumentos. En primer lugar, (i) la disposición acusada es una norma que no incluyó a los hombres transgénero, y, en consecuencia, suscita incertidumbre alrededor de los procedimientos a seguir para regularizar la situación militar. En segundo lugar, (ii) no existe razón suficiente, adecuada y objetiva que justifique la regulación discriminatoria para diferentes grupos -los “hombres cisgénero” tienen su situación reglamentada, las mujeres transgénero cuentan con jurisprudencia que regula la materia y, por el contrario, los hombres transgénero no disponen de una regla que regule la situación-. En adición a ello, (iii) la norma demandada vulnera el principio de igualdad porque otorga un trato desigual a situaciones similares -mujer y hombre transgénero-. Además, según expone la demanda, se vulnera el derecho a la igualdad porque el legislador no tuvo en cuenta la población

transgénero al momento de redactar la norma acusada. Finalmente, (iv) la disposición acusada encarna el incumplimiento de un deber constitucional específico impuesto por el constituyente al legislador, pues al tenor del artículo 216 Superior, el Congreso tiene el deber de reglamentar la situación militar de “todos los colombianos”.

La omisión legislativa identificada vulnera los derechos a la dignidad, igualdad material y libre desarrollo de la personalidad de tal población. Adicionalmente, la posibilidad de que este grupo poblacional rectifique su sexo en el documento de identidad genera la necesidad de que haya un pronunciamiento de fondo que solucione la situación respecto a la obtención de la libreta militar.

En consecuencia, se precisa en el escrito de corrección de la demanda que la solicitud elevada a la Corte se dirige a que se declare la constitucionalidad condicionada de la palabra “varón” entendiendo que incluye tanto a los “hombres cisgénero” como a los transgénero a fin de evitar su discriminación y la violación de su derecho a la intimidad.

En tal sentido, se considera que es procedente que la Corte exhorte al Ejército Nacional para que adopte los protocolos necesarios que deben seguir los hombres transgénero al momento de definir su situación militar, incluyendo los procedimientos que deben seguir tanto en los casos en que realizan su tránsito antes de cumplir los 18 años, como en aquellos que lo realizan de manera posterior al cumplimiento de la mayoría de edad y garantizando que los procedimientos basados en acciones afirmativas respeten y garanticen la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y los demás derechos fundamentales. Para el efecto, enuncian y desarrollan un grupo de principios que deberían guiar la fijación de ese procedimiento teniendo en cuenta los derechos constitucionales invocados.

C. INTERVENCIONES[13]

1. Intervenciones oficiales

a. Ministerio de Defensa Nacional[14]

En la intervención se considera que la demanda no demuestra con claridad los cargos desarrollados y que, por tanto, la Corte debe inhibirse de emitir un pronunciamiento de

fondo. Las demandantes sólo indican que la norma es contraria a la Constitución por cuanto a los hombres transgénero no se les permite la entrega de la libreta militar para identificarse como hombre, argumento que carece de claridad porque “este no es un documento de identificación establecido por la ley”[15].

En caso de que la Corte decida pronunciarse de fondo, el interviniente solicita declarar exequible la norma demandada, por los cargos propuestos. No se evidencia trasgresión constitucional a norma alguna, aunado a que el planteamiento de la demanda desconoce los postulados que contempla la misma ley para definir el servicio militar obligatorio y le otorga una connotación a la libreta militar que no le corresponde.

Desde la Constitución de 1886, se le ha atribuido el carácter de obligatorio al servicio militar en Colombia. Tal obligatoriedad se mantuvo con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, pero en el marco de una fuerza normativa de los derechos, el carácter vinculante de los instrumentos internacionales de los derechos humanos y su valor para interpretar las disposiciones internas, entre otras. En tal contexto, es imprescindible revelar que lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017 y, en especial, el término “varón” se percibe como la designación que acoge e identifica a los individuos que ostentan y son poseedores del género masculino.

La Corte Constitucional ya se pronunció en la sentencia T-099 de 2015 e indicó que es viable que los hombres transgénero definan su situación militar, conforme a la legislación colombiana. En tal sentido, se considera que la redacción de la disposición no vulnera los derechos de los hombres transgénero, quienes deben definir su situación militar, sin tener que discernir entre el hombre y el hombre transgénero, precisamente porque –según se indica- esto sería inconstitucional.

La norma debe ser mantenida incólume, en virtud de que fue la misma Constitución –en el artículo 216- que estableció que todos los colombianos estarán obligados a tomar las armas cuando exista necesidad de ello y será la Ley la que determinará las condiciones que, en todo tiempo, eximen del servicio militar. En el anterior marco, se expidió la Ley 1861 de 2017[16] que, incluso dispuso que las mujeres podrán prestar el servicio militar de forma voluntaria o cuando la necesidad lo amerite (parágrafo 1° del artículo 4). También contempla la ley como causales de exoneración del servicio militar obligatorio, la

circunstancia de haber variado el componente de sexo masculino en el registro (literal k del artículo 12).

En tal sentido, se consideran como descontextualizadas las afirmaciones de la demanda estudiada, pues nada impide que un hombre transgénero preste el servicio militar obligatorio y, como se indicó, al no ser la libreta militar un documento de identidad, la falta de emisión de ella no viola el derecho a la igualdad, ni el libre desarrollo de la personalidad.

Por último, se expone que en el caso estudiado existe cosa juzgada constitucional, en virtud de la sentencia C-511 de 1994 que declaró exequible el artículo 10° de la Ley 48 de 1993. La Corte Constitucional debe atenerse a lo resuelto en dicha oportunidad, la cual se pronunció frente a la viabilidad de que los hombres transgénero definan su situación militar conforme a la legislación colombiana. Se resalta el fundamento de la figura de la cosa juzgada para concluir que protege la seguridad jurídica, la buena fe y consistencia de las decisiones judiciales.

b. Ministerio del Trabajo[17]

El interviniente solicita a la Corte que se declare la exequibilidad condicionada de la disposición acusada, en el entendido que todo “varón” comprende a todos los hombres, independientemente de su orientación sexual o su identidad o expresión de género, considerando –en cualquier caso- los efectos que dicha decisión tendrá respecto al cumplimiento de la norma por parte de los destinatarios. Señala que las personas LGTBI continúan siendo discriminadas en el trabajo y tienen dificultades para vincularse a un empleo o suscribir un contrato de prestación de servicios. Tampoco suelen estar representadas o vinculadas a la estructura del Gobierno, ni a las asociaciones de trabajadores o empleadores. En consecuencia, rara vez sus intereses particulares son objeto de diálogo social.

En tal sentido, los desarrollos legales –en virtud del artículo 13 de la Constitución de 1991- son numerosos en favor de la población con opción sexual e identidad diversa[18]. Con sustento en ello, la Corte Constitucional ha indicado que hace parte del núcleo esencial de los derechos a la personalidad y el libre desarrollo, la facultad de autodeterminación sexual, la cual comprende la asunción y decisión sobre la propia sexualidad, la cual no puede estar

sometida a interferencias o la dirección del Estado.

2. Intervenciones de instituciones académicas, educativas y sociales

a. Coalición de Organizaciones Transmasculinas[19]

La Coalición de Organizaciones Transmasculinas, por conducto de sus representantes, manifiestan en su intervención que, frente a la cuestionada norma, existe un vacío jurídico frente a la prestación del servicio militar y la obtención de la libreta militar. Los hombres transgénero no encuentran la forma de obtener su libreta militar. Después de considerar que ello podría derivar en una afectación de derechos humanos, así como ante la ausencia de un protocolo que garantice la dignidad en la obtención de tal documento, indica que se debe considerar que los hombres transgénero deben estar exonerados de la prestación del servicio militar obligatorio y que, de igual manera, se debe instar al Estado para que permitan la prestación voluntaria del servicio militar en los hombres transgénero[20].

Aunado a lo anterior, se concluyó que al no tener libreta militar las personas han visto afectadas distintos derechos como el trabajo, la educación, intimidad, seguridad, salud, participación y movilidad en el espacio público. Con fundamento en entrevistas a profundidad, se advierte por parte de la interviniente que no existe un protocolo para la obtención de la libreta militar como se instó al Ministerio de Defensa en las sentencias T-476 de 2014 y T-099 de 2015. La situación del servicio militar debe ser leído en un marco social amplio en el que se tenga en consideración “(...) la definición social sobre el cuerpo, el sexo y el género, en el que participen tanto las instituciones del Estado, las empresas privadas y la sociedad civil”[21] pues, en la actualidad, como tal está constituido “responde a un modelo binario que excluye las experiencias matizadas que se encuentran por fuera de sus fronteras”[22]. El desafío está en comprender la diferencia, la vulnerabilidad social que experimentan los hombres transgénero y la necesidad de construir un protocolo con enfoque diferencial.

Finalmente, señala el interviniente que los hombres transgénero, menores de 18 años, se han enfrentado a procesos de incorporación al Ejército Nacional en los que sufren de gran impacto emocional al tener que exponer sus cuerpos. Asimismo, se indica que distintos miembros de la Fuerza Pública al evidenciar la identidad de género transmasculina efectúan preguntas invasivas que, además, terminan por afectar sus derechos a la intimidad, a la

seguridad e, incluso, son acusados del delito de falsedad en documento, dado que algunos no han podido efectuar el cambio de sexo en los documentos oficiales. En otros eventos, se efectúa una remisión a psicólogos que sin una aproximación diferencial al tema concluyen si existe un “trastorno de identidad de género”, lo cual convierte en patológico su identidad.

b. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-[23]

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia- solicita declarar la exequibilidad condicionada del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017 (parcial), bajo el entendido de que: (i) dicho artículo 11 es aplicable a todos los hombres, tanto “cisgénero” como “transgénero”[24]; y (ii) los hombres transgénero, en virtud de la igualdad material, están exonerados del servicio militar obligatorio, por lo que definirán su situación militar como reservistas de segunda clase[25].

La Corte Constitucional ha reconocido la identidad de género 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)[26]”. Asimismo, ha determinado que la acción de tutela -en principio- es procedente para proteger los derechos fundamentales de la población transgénero[27]. En esta dirección, se citan como precedentes que materializan la protección que la Corte ha otorgado en distintos casos relacionados las sentencias T-314 de 2011, T-062 de 2011, T-918 de 2012, T-977 de 2012, T-562 de 2013, T-141 de 2015 y T-363 de 2016.

La Ley 1861 de 2017 contiene obligaciones legales que aplican tanto para hombres transgénero como para hombres “cisgénero”. Una de ellas, es precisamente definir su situación militar y, con ello, portar la libreta militar. Además, la ausencia de tal documento impide el acceso a ciertos cargos públicos y privados. La prestación del servicio militar obligatorio -en la actualidad- es la regla general y ello implica una serie de problemas para los hombres transgénero, quienes se ven en la incapacidad de cumplir con este deber, al ser una carga desproporcionada, en el contexto presente del Ejército Nacional. Esto último

fue reconocido en la sentencia T-099 de 2015 y, en esta dirección, se tiene que la construcción del servicio militar obligatorio se sustenta en una construcción guerrerista y agresiva de la masculinidad, la cual expone a los hombres transgénero a posibles vulneraciones, si no se efectúa un cambio para incorporar a todo tipo de hombres. En otra vía, se tiene que los hombres transgénero sin libreta militar se exponen a distintos riesgos de vulneración de sus derechos fundamentales, quienes en muchas ocasiones deben revelar su identidad de género, a partir de lo que podría considerarse como una “visibilización forzada” –en procedimientos como requerimientos, “batidas” y el examen necesario para llevar a fin el servicio militar obligatorio[28].

Por lo demás, respecto al test de igualdad y la necesidad de establecer medidas afirmativas en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, se precisa que los hombres transgénero son sometidos a un posible daño más amplio por no contar con la libreta militar. Estas circunstancias demuestran la necesidad de exonerarlos de la prestación del servicio militar obligatorio y, de otra parte, considerar que el hecho de no haber procedido a efectuar tal exoneración –hasta el momento- ha obedecido a razones inconstitucionales.

c. Colombia Diversa[29]

La organización interviniente solicita que se declare la exequibilidad condicionada del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, bajo el entendido que éste se aplica a todos aquellos que se identifiquen como hombres –independiente de que sean hombres transgénero-. No obstante, en el caso de los primeros y con sustento en el derecho a la igualdad que exige consideraciones especiales, deben entenderse como exonerados de prestar el servicio militar obligatorio. En consecuencia, deberán tener la calidad de reservistas de segunda clase. Finalmente, se requiere de esta Corporación ciertas medidas adicionales, como ordenar al Ministerio de Defensa la reglamentación de la definición y del servicio militar en hombres transgénero.

Con sustento en lo dispuesto en la Ley 1861 de 2017, se estructuran una serie de etapas requeridas para definir la situación militar que deben aplicar a todos los hombres, pues la Corte Constitucional estableció en la sentencia T-099 de 2015 que la identidad de género debe tener la posibilidad de ser exteriorizadas plenamente, de ser reconocida y respetada. En el presente caso, la consecuencia jurídica debe ser que la de recibir un trato acorde con

la identidad de género propia, que se traduce en la obligación de definir su situación militar en aquellos casos en donde las personas se identifiquen como hombres.

No obstante, las personas transgénero presentan dificultades desde la etapa de inscripción (artículo 17 de la Ley 1861 de 2017), pues la Corte desde las sentencias T-498 de 2017 y T-675 de 2017 permitió el cambio del componente sexo bajo el mecanismo administrativo previsto en el Decreto 1227 de 2015, pero esto sólo puede efectuarse desde los 17 años. En tal sentido, es posible que los hombres transgénero no puedan acceder al trámite del componente de sexo en sus documentos legales antes de culminar sus estudios, al no contar con la edad suficiente para iniciar este proceso en Notaría y no contar con la alineación de voluntades entre ellos y sus acudientes.

Una vez, se ha llegado a la etapa de evaluación psicofísica (artículo 18 de la Ley 1861 de 2017), los hombres transgénero suelen ser patologizados, pues es muy probable que en tal examen se considere que su identidad de género sea catalogada como una incapacidad o una enfermedad, que los hace no aptos para prestar el servicio militar. Además, son sujetos de burlas y de malos tratos. En consecuencia, se requiere la creación de protocolos que eviten que en la desnudez y examinación física se realicen en público, con el fin de evitar la consumación de tratos crueles y denigrantes.

Después de realizado el sorteo, se procede a la concentración e incorporación (artículo 23 de la Ley 1861 de 2017) que tiene dispuesto el límite de edad de 24 años, pero que para los hombres transgénero que realizan su construcción identitaria y tránsito de género después de determinada edad, encuentran -a diferencia de los hombres “cisgénero”- que la única forma de acceder a la definición su situación militar es en la clasificación y, en consecuencia, debe proceder a liquidación de su cuota de compensación militar.

Con sustento en el derecho a la igualdad y ante las barreras denunciadas en contra de los hombres transgénero, se propone la creación de protocolos especiales que desarrollen este tema. Para arribar a esta conclusión, es necesario efectuar el test integrado de igualdad y juicio de proporcionalidad, en el que se debe comparar la situación de los hombres “cisgénero” en relación con los primeros. En consecuencia, se plantea que como acciones afirmativas que debe adoptar la Corte Constitucional en la presente sentencia, al menos, deben contemplarse las siguientes: (i) establecer que los hombres transgénero están

exonerados de prestar el servicio militar obligatorio y (ii) la creación de un sistema normativo integral que, con sustento en la expedición de un protocolo, garantice unos derechos mínimos estructurados por la Corte, ante los vacíos indicados en la intervención, para lo cual sería útil la integración de la unidad normativa y la realización de una audiencia pública para discutir el tema.

d. Universidad Externado de Colombia[30]

La interviniente apoya las pretensiones de la demanda. Se debe declarar la exequibilidad condicionada de la norma demandada, bajo el entendido de que la palabra “varón” también cobija a los hombres transgénero, quienes deben contar con un procedimiento que les permita definir su situación militar y obtener la libreta militar, en condiciones que respeten sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. La propuesta es que la Corte tenga en consideración la dimensión simbólica del derecho y alejarse de una concepción positivista y conductivista que concibe al derecho como instrumento que actúa sobre una realidad exterior[31]. Por el contrario, la inclusión de los hombres trans en la norma pone en cuestionamiento el sistema de dominación, al atacar las estructuras y relaciones sociales que producen actitudes de hostilidad y de violencia en contra de las personas con orientación sexual diversa, como así lo ha reconocido Bastien-Charlebois.

e. Universidad Sergio Arboleda[32]

La interviniente considera que se debe proferir un fallo de fondo, dado que la demanda fue motivada de forma suficiente, y solicita se declare la exequibilidad de la disposición demandada. Asimismo, el Estado tiene la obligación de aminorar las cargas a las cuales se encuentran sometidos los grupos objeto de especial protección o que estén en una situación de debilidad manifiesta. En este caso, la ausencia de interpretaciones constitucionales conlleva la vulneración de elementos esenciales que hacen parte de la libre determinación de la identidad de género. El respeto a la identidad de género diversa lleva consigo la dignidad humana y, por ello, las personas transgénero deben ser tratadas acorde con el género que les identifique, con independencia del sexo legal –que aparece en su documento-.

Señala que los hombres transgénero, quienes no tienen acceso a la libreta militar, se ven

condicionados a exponer aspectos esenciales de su autonomía individual, irrumpiendo en aspectos propios de su vida privada, respecto de los cuales no pueden existir interferencias.

Finalmente, sobre la configuración de una omisión legislativa relativa, resulta pertinente que se realice una interpretación de la expresión demandada que permita la configuración de un marco jurídico claro que proteja y garantice los derechos de las personas transgénero en Colombia. Resulta urgente que el ordenamiento jurídico colombiano establezca parámetros claros para que el Estado reconozca como válida la identidad de género de todas las personas, según su más profunda vivencia “identitaria”.

f. Universidad de la Sábana[33]

La interviniente solicita la exequibilidad del aparte demandado. Como sustento expone que el cargo por omisión legislativa relativa resulta impertinente, pues lo alegado por las demandantes es que no existe la creación de procedimientos especiales, ni acciones afirmativas para el reclutamiento y la movilización de hombres transgénero. En tal sentido, no se está cuestionando la disposición acusada. Por el contrario, la norma dispone que todo hombre debe definir su situación militar y es en la misma demanda que se plantea que incluir una distinción entre hombres “cisgénero” y transgénero sería discriminatorio.

De otra parte, la palabra “varón” incluida en el inciso demandado no vulnera la dignidad humana, ni el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los hombres transgénero. Esta palabra puede ser identificada con la palabra hombre y bastaría con que la Corte realice una interpretación correcta de la norma y acorde con la Carta, para concluir que, así como las mujeres transgénero no están obligadas a prestar el servicio militar obligatorio, los hombres transgénero sí lo están, sin necesidad de efectuar ninguna distinción en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017.

g. Universidad del Norte[34]

La interviniente comparte la postura desarrollada en la demanda y, en particular, la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017. En tal sentido, afirman que la demanda cumple con todas las exigencias materiales para que la Corte se pronuncie de fondo. En opinión de la interviniente, la identidad, en virtud de la cual las personas pueden dirigir su vida de acuerdo a sus convicciones y sin interferencias, comprende la identidad de género. En tal sentido, ella puede no corresponder con el sexo

biológico asignado al nacer. Sin embargo, lo anterior podría no encajar con los patrones de la sociedad por la preconcepción de lo que se entiende por femenino o por masculino, circunstancia que lleva a que en múltiples ocasiones las personas transgénero sean violentadas y discriminadas.

La igualdad, en casos como el estudiado, debe materializar el respeto por la construcción que la persona transgénero ha venido elaborando a lo largo de su vida sobre su identidad de género. En consecuencia, como lo ha reconocido la Corte en la jurisprudencia de tutela[35], los hombres y las mujeres transgénero sufren de múltiples discriminaciones y exclusiones, que deben llevar a que sean protegidos en el marco del servicio militar obligatorio[36].

3. Intervenciones ciudadanas

a. Juan Mauricio González Negrete, Liliana Páez Jurado y Laura Vanessa Vega Barrios[37]

Los intervinientes acompañan los cargos por inconstitucionalidad expuestos en la demanda. Señalan que el término varón contenido en la norma acusada debe incluir en su interpretación la integración del hombre transgénero como un factor propio del desempeño de sus derechos y deberes al momento que una persona se identifica con el sexo masculino. Asimismo, manifiestan que es necesario el esclarecimiento del procedimiento a efectuar no solo de la libreta militar, sino que, en igual medida de la prestación del servicio militar para las personas transgénero.

La interviniente solicita declarar la exequibilidad condicionada del término demandado, de manera que se entienda que la expresión “varón” incluye también a los hombres transgénero y, en tal dirección, se otorguen ciertas órdenes que son necesarias para establecer una regulación conforme a sus necesidades. La Corte Constitucional indicó que “(...) las personas trans tienen la potestad de escoger libremente su plan de vida, tal y como lo pueden hacer el resto de individuos en Colombia, el cual no corresponde única y exclusivamente al ámbito interno y personal, sino que puede manifestarse públicamente al contar con plena protección constitucional”[39]. En efecto, las manifestaciones frente al respeto a la identidad de género van más allá de la autorización del cambio del sexo en los documentos de identificación o la posibilidad de modificar su nombre, pues es determinante

también la necesidad de proyección y exteriorización de modos particulares y acordes con el género escogido. La libreta militar es un indicador del género masculino.

Se requiere una regulación particular en el caso de los hombres transgénero pues de negarse tal posibilidad se desconocería la especial protección en favor de la comunidad LGTBI, pues tal regulación no puede darse en las mismas condiciones de los hombres “cisgénero” y tampoco puede simplificar las diferencias existentes dentro de esta población. En consecuencia, se propone la exoneración de los hombres transgénero en la prestación del servicio militar obligatorio y que, como así se dispone en el artículo 37 de la Ley 1861 de 2017, se expida una tarjeta de reservista militar o policial de segunda clase.

c. María Alejandra Salazar Tamayo y Loredana de Trizio Ayala[40]

Las ciudadanas solicitan la exequibilidad condicionada de la disposición acusada, decisión respecto de la cual deberá ser claro el respeto a la intimidad que requieren los hombres transgénero. Para ello, se requieren mecanismos y protocolos de recolección para el manejo de la información, de tal manera que se garantice el ejercicio libre y pleno de sus derechos. En opinión de las intervinientes, como lo ha afirmado esta misma Corporación, transgredir la condición sexual de una persona implica -a su vez- violentar su dignidad humana[41] y, por ello, la decisión de la Corte debe materializar derechos constitucionales como la libertad, privacidad, igualdad, intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, así como la autodeterminación.

Ante el anterior panorama, se deben adoptar medidas que garanticen la igualdad material para la prestación del servicio militar en favor de los hombres transgénero. Así, en la intervención se propone que ellos deben ser quienes libremente deben regularizar su situación militar, decidiendo o no sobre la prestación del servicio militar, pues ello puede reafirmar su masculinidad. Pero, además, se deben establecer procedimientos especiales para la realización del examen físico, a efectos de respetar el derecho a la intimidad de los hombres transgénero, así como la reserva y el respeto de la condición sexual. Asimismo, fijar protocolos para la recolección y el manejo de datos personales, en aras de eliminar posibles escenarios de discriminación frente a los cuales podrían ser víctimas.

d. David Cujar Bermúdez[42]

El ciudadano, como abogado de la Fundación ProBono de Colombia, solicitó que se declare la exequibilidad condicionada del inciso primero del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, bajo el entendido que el término “varón” también cobija a los hombres transgénero. En tal marco, deben definirse las condiciones generales en las cuales se establezcan requisitos mínimos que permitan definir su situación militar, obtener la libreta militar correspondiente o prestar voluntariamente el servicio militar, en caso de cumplir con las exigencias médicas para tales.

Los hombres transgénero se encuentran desprovistos de una regulación frente al servicio militar, ante la existencia de vacíos legislativos, respecto de los cuales no existe claridad sobre si el servicio militar obligatorio lo es para estas personas. Si la respuesta fuera afirmativa, no hay claridad sobre el procedimiento a seguir y, de lo contrario, esto es si no se les exigiera la prestación de tal, estarían sometidos a la circunstancia de no poder obtener la libreta militar, con todas las dificultades que se plantearon en la demanda. Asimismo, sería pertinente que la Corte Constitucional se pronunciara sobre si debe estipularse una tarifa especial para adquirir la libreta militar en estos casos o si pueden entenderse a estos hombres como remisos cuando su transición se hubiere efectuado después de haber adquirido la mayoría de edad o si, por el contrario, se les debe entregar la libreta militar estando exentos de la mencionada multa. En el análisis del cargo frente a la omisión legislativa relativa, debe considerarse que los hombres transgénero requieren de la adopción de medidas legislativas de protección reforzada.

Con todo, si la Corte acepta las consideraciones de las demandantes, es necesario establecer una serie de presupuestos objetivos al momento de ingresar a las Fuerzas Militares, de tal manera que sean descartadas posibles arbitrariedades en el proceso. Al respecto, se propone tener como factores las siguientes consideraciones: (i) el cumplimiento de la mayoría de edad, acreditado con el registro civil de nacimiento; (ii) la práctica de exámenes de aptitud psicofísica, (iii) el diligenciamiento del formulario correspondiente; (iv) el recaudo de la huella; y (v) de fotos recientes. Finalmente, como restricciones, los funcionarios en ningún momento podrán preguntar si son hombres o mujeres o si se ha practicado algún tipo de cirugía quirúrgica; la información suministrada sólo podrá ser utilizada con tal fin, al tratarse de aspectos de la vida íntima de la persona. Asimismo, para la realización de los exámenes exigidos, es necesario contemplar un procedimiento especial que contemple un enfoque diferencial.

e. Marco Antonio Ruiz Nieves[43]

En la intervención ciudadana se señala que la expresión “todo varón” del artículo demandado es contrario a la Constitución, por cuanto este término se ha entendido como toda persona del “sexo masculino”. Esta definición resulta insuficiente para entender cobijadas las identidades diversas y ha llevado a que quienes aplican la ley cuando se hace referencia al género y cuando al sexo. En efecto, la expresión cuestionada debe ser reemplazada por “todo hombre”, dado que en un concepto más amplio que cobija a hombres transgénero. Reconocer las nuevas masculinidades hace que la regulación normativa no pueda entenderse sólo bajo el componente del sexo. Además, es indispensable la capacitación de los agentes del Ejército en materia de reclutamiento, toda vez que por desconocimiento se puede llegar a interpretaciones literales de “todo varón”. En ello se olvida el auto reconocimiento que efectúa cada persona transgénero, a partir de nociones amplias del género en torno a la sociedad y al Derecho.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría General de la Nación considera que la Corte Constitucional, en relación con la demanda de la referencia, se debe declarar inhibida. Como fundamento expone que los cargos por desconocimiento de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad, tienen el mismo núcleo argumentativo: la ausencia de un procedimiento especial para obtener la libreta militar por parte de los hombres transgénero, razón por la cual el cargo por omisión legislativa relativa subsume los cargos restantes.

Previo a estudiar lo acaecido, es necesario precisar que existe la configuración de la cosa juzgada en sentido amplio. Antes de esta acción pública de inconstitucionalidad, se profirió una sentencia en relación con un contenido normativo idéntico al que ahora se cuestiona, esto es, el artículo 14 de la Ley 48 de 1993; análisis que culminó en un estudio de fondo que quedó recogido en la sentencia C-511 de 1994, en donde la Corte declaró la exequibilidad de la norma. Luego de ello, en el 2007, se presentó ante este Tribunal una demanda contra la misma norma y la Corte decidió estarse a lo resuelto en la primera providencia.

Los cargos formulados, en una y otra acción, se circunscribieron a la violación del derecho a la igualdad, por no imponerse el servicio militar como obligación a cargo de hombres y

mujeres. Entonces, planteado el debate y efectuada la distinción entre hombre y mujer, la Corte precisó que las últimas merecen un tratamiento diferencial en atención a su condición anatómica, biológica, de sustento de la familia y la maternidad que tradicionalmente asume, razón por la cual se justifica su ubicación en el acápite del servicio militar voluntario. Se explica, con sustento en lo anterior, que estas providencias no mencionan un enfoque diferencial, ni se fija como criterios de debate los derechos de que es titular un grupo de especial protección constitucional como es la comunidad transgénero, por lo cual en el presente caso no opera la cosa juzgada material, al no configurarse los elementos exigidos.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la protección del auto reconocimiento del individuo es aplicable en favor de grupos históricamente marginados y violentados, por lo que en la actualidad cuentan con una especial protección constitucional, tal como es el caso de las personas transgénero. Se entiende por ellas, a quienes les fue asignado un sexo biológico al nacer, pero que con posterioridad deciden hacer un tránsito hacía el verdadero género que las identifica. Esto explica por qué se han efectuado diferentes desarrollos normativos y jurisprudenciales especiales como el Decreto 1227 de 2015 y la sentencia T-099 de 2015.

En la sentencia C-584 de 2015 la Corte Constitucional se pronunció sobre una demanda que planteaba que el Legislador, al expedir la Ley 48 de 1998, incurrió en una omisión legislativa relativa, porque la expresión “varones” y “mujeres” de las normas, excluyen a las personas transgénero. En esta oportunidad, la Corte Constitucional se inhibió por las siguientes razones:

“(…) la Sala considera que el demandante no explica porque el Legislador debe incluir el concepto trans en 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”.

Si bien en este caso la inhibición fue consecuencia del incumplimiento de las cargas mínimas argumentativas que estructuran el concepto de violación, la Corte sostuvo que “(...) el actor no reparó en la regla de este Tribunal que señala que el género no necesariamente guarda alguna relación objetiva con la identidad biológica de las personas, sino que responde a una forma de auto-reconocimiento de cada individuo a partir de sus propias experiencias y expectativas. Esto, con el fin de abandonar estereotipos arraigados en la sociedad y que tienen el potencial de generar una discriminación sistemática”.

Así, es evidente que la Corte se ha alejado de la interpretación estrictamente biológica de los vocablos mujer y hombre, de manera que en los mismos se debe incluir a toda persona cuyo documento de identidad revele como su sexo, independiente de la identidad transgénero que de manera autónoma cada quien elija. En consecuencia, al verificar el cumplimiento de los requisitos para la estructuración de la omisión legislativa relativa, no se encuentra un argumento válido, según el cual la presunta falencia sea resultado de un incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. No se indica la fuente constitucional de dicho deber, en virtud del cual aquél debe enumerar todas las personas que están comprendidas dentro del término “varón”.

En consecuencia, se consideró como inepta a la demanda pues no existe la aparente omisión legislativa: “(...) lo que evidencia el Ministerio Público es que las accionantes, en realidad alegan una omisión de carácter reglamentario, pues proponen la ausencia de un protocolo aplicable a los hombres transgénero que no puede confundirse con una omisión legislativa. En efecto, el artículo 189-11 constitucional faculta al Presidente de la República para expedir los decretos reglamentarios como una actividad típicamente administrativa. Estos decretos no pueden adicionar la ley que reglamentan, ni variar su sentido, ni exceder sus términos; por el contrario, debe coincidir su sentido general con la Constitución Política y la ley, para que así produzcan los efectos que le son propios”.

No se genera duda sobre el alcance normativo de la palabra “varón”, en relación con la obligación de cumplir con la regularización de la situación militar, y que cubre tanto a los hombres transgénero como a los hombres por sexo, por el hecho de pertenecer al género masculino, de acuerdo a lo anotado en los documentos oficiales de identificación.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

B. CUESTIONES PREVIAS

2. Las demandantes solicitan a este Tribunal que declare la exequibilidad condicionada del inciso primero del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, bajo el entendido de que el término “varón” incluye también a los hombres transgénero, pues consideran que dicho artículo incurre en una omisión legislativa relativa que desconoce los mandatos previstos en los artículos 1°, 13 y 16 de la Constitución Política. Asimismo, solicitan que se exhorte al Ejército Nacional para que adopte los protocolos necesarios que deben seguir los hombres transgénero al momento de definir su situación militar, incluyendo los procedimientos que deben seguir tanto en los casos en que realizan su tránsito antes de cumplir 18 años, como en aquellos que lo realizan de manera posterior al cumplimiento de la mayoría de edad y garantizando que los procedimientos basados en acciones afirmativas respeten y garanticen la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad.

3. El Ministerio de Defensa Nacional y la Universidad de la Sábana solicitan a la Corte que declare exequible la norma demandada, por los cargos propuestos. Por el contrario, la Universidad del Norte solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición acusada. En ese sentido, la Coalición de las Organizaciones Transmasculinas afirman que la norma acusada genera un vacío jurídico frente a la prestación del servicio militar y la obtención de la libreta militar para hombres transgénero.

4. El Ministerio de Trabajo, Dejusticia, Colombia Diversa, Universidad Externado de Colombia, Universidad Sergio Arboleda y las intervenciones ciudadanas solicitan la exequibilidad condicionada de la disposición acusada, bajo el entendido de que todo “varón” comprende a todos los hombres, independientemente de su orientación sexual o su identidad o expresión de género. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Defensa Nacional (como primera pretensión) consideran que la Corte debe declararse inhibida por falta de aptitud material de los cargos planteados.

5. A partir de los argumentos previamente expuestos, le corresponde a la Corte, en primer lugar, establecer si es competente para analizar los cargos formulados en la presente demanda. En consecuencia, estudiará de manera previa en esta sentencia (i) los

requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para determinar la aptitud sustancial de la demanda; y (ii) si en el presente caso, los cargos en los que esta se soporta reúnen los requisitos señalados para que la Corte pueda entrar a emitir pronunciamiento de fondo. El estudio de la aptitud material de los cargos se realizará de manera conjunta en razón a que los argumentos sobre los cuales se estructura la demanda parten de una misma premisa: el término “varón” no define de manera expresa y clara si comprende o no a los hombres transgénero, por lo que no es claro si deben prestar o no el servicio militar, y cuál sería el procedimiento aplicable en dicho caso. Por lo cual, los cargos por desconocimiento de la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad, tienen la misma línea argumentativa que se puede subsumir en el cargo de omisión legislativa relativa formulado por las demandantes. Solo si se supera este análisis previo, procederá la Corte a formular el problema jurídico.

Primera cuestión preliminar: Aptitud sustancial de la demanda

6. El Decreto 2067 de 1991, en su artículo 2°, establece los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control abstracto de constitucionalidad. En particular, la norma precisa que las demandas de inconstitucionalidad deben presentarse por escrito, en duplicado, y deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) señalar las normas cuya inconstitucionalidad se demanda y transcribir literalmente su contenido o aportar un ejemplar de su publicación oficial; (ii) señalar las normas constitucionales que se consideran infringidas; (iii) presentar las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) si la demanda se basa en un vicio en el proceso de formación de la norma demandada, se debe señalar el trámite fijado en la Constitución para expedirlo y la forma en que éste fue quebrantado; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

7. En cuanto al tercero de los requisitos anotados, la Corte ha reiterado que se conoce como “concepto de la violación”[44], el cual implica una carga material y no meramente formal, que no se satisface con la presentación de cualquier tipo de razones o motivos, sino que exige unos mínimos argumentativos, que se aprecian a la luz del principio pro actione, de tal suerte que dichas razones o motivos no sean vagos, abstractos, imprecisos o globales, al punto de impedir que surja una verdadera controversia constitucional.

8. Conforme a lo dispuesto por la Corte en las Sentencias C-1052 de 2001 y C-856 de 2005, los siguientes son los mínimos argumentativos que comprenden el “concepto de la violación”: claridad, cuando existe un hilo conductor de la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las cuales se soporta; certeza, cuando la demanda recae sobre una proposición jurídica real y existente y no en una que el actor deduce de manera subjetiva, valga decir, cuando existe una verdadera confrontación entre la norma legal y la norma constitucional; especificidad, cuando se define o se muestra cómo la norma demandada vulnera la Carta Política; pertinencia, cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no de estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia; y suficiencia, cuando la demanda tiene alcance persuasivo, esto es, cuando es capaz de despertar siquiera una duda mínima sobre la exequibilidad de la norma demandada.

9. Con el fin de evitar en lo posible un fallo inhibitorio, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la apreciación de los requerimientos precitados debe realizarlo la Corte a la luz del principio pro actione, lo cual, por lo menos, le implica indagar en qué consiste la pretensión del accionante[45].

10. En línea con lo anterior, en la sentencia C-623 de 2008, reiterada, entre otras, en las sentencias C-894 de 2009, C-055 y C-281 de 2013, este Tribunal precisó la oportunidad procesal para definir la aptitud de la demanda en los siguientes términos:

“(…) Aun cuando en principio, es en el auto admisorio donde se define si la demanda cumple o no con los requisitos mínimos de procedibilidad, ese primer análisis responde a una valoración apenas sumaria de la acción, llevada a cabo únicamente por cuenta del Magistrado Ponente, razón por la cual, la misma no compromete ni define la competencia del Pleno de la Corte, que es en quien reside la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley (C.P. art. 241-4-5)”.

11. Por lo demás, es claro que la Corte, al realizar un análisis detallado de los requisitos de procedibilidad de la demanda, puede emitir un fallo inhibitorio. Es importante mencionar que, el análisis que realiza la Corte ya contiene las intervenciones de las entidades oficiales, academia, ciudadanos y el Ministerio Público, y dichas opiniones y

conceptos son considerados por este tribunal al momento de tomar una decisión, en la medida que, contienen elementos de juicio relevantes[46]. Por ello, si alguno de los intervinientes en la demanda conceptúa sobre la aptitud de la demanda, esta cuestión puede, y cuando hay solicitud sobre el particular, debe ser analizada por la Sala, incluso con posterioridad al auto admisorio de la demanda.

Examen de la aptitud sustancial de la demanda en el caso concreto

13. En concepto de la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Defensa Nacional la demanda no plantea un cargo apto sustancialmente que permita a la Corte emitir un pronunciamiento de fondo. En consecuencia, le solicita que se declare inhibida respecto de los cargos formulados por los demandantes. Expuesto lo anterior, la Corte procede a verificar si en el asunto sometido a su consideración, las demandantes cumplieron los requisitos que la jurisprudencia constitucional exige para determinar la aptitud sustancial de un cargo por omisión legislativa relativa.

Sobre la omisión legislativa relativa – No se cumplen las condiciones necesarias para entrar a estudiar el caso de fondo

14. Para comenzar, constata la Corte que la demanda se soporta sobre razones de inconstitucionalidad que son claras, en tanto, siguen un curso de exposición comprensible y presentan un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre el término “varón” contenido en el inciso primero del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017 y los derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los hombres transgénero, consagrados en los artículos 1º, 13 y 16 de la Constitución Política, respectivamente.

15. Con relación al requisito de certeza en las razones sobre las cuales se construye el cargo por inconstitucionalidad, la Corte ha reiterado que esto hace referencia a que “la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente[48] “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita”[49] e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda[50].” Lo anterior, sobre la base de que, “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"[51].

16. En el caso concreto, la demanda delimita el cargo por inconstitucionalidad a las posibles interpretaciones que se derivan del término "varón", señalando en síntesis que de la sola lectura de la ley no se interpreta que este incluya a hombres transgénero (ver supra, B.4). Por ello, solicita a la Corte establecer que el término "varón" no debe entenderse desde un punto de vista biológico (sexo) sino desde una perspectiva social y que, por lo tanto, comprende a ambos grupos. Así mismo, advierte que, al fijar dicho condicionamiento sobre la interpretación del término acusado, es necesario que se establezcan los procedimientos que los hombres transgénero deben agotar para regular su situación militar.

17. Adicionalmente, la Corte en su reiterada jurisprudencia ha advertido que cuando se formula un cargo de omisión legislativa relativa, la argumentación del demandante se torna más exigente, pues debe precisar (ver, entre otras, sentencia C-494 de 2016): (i) existencia de 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, debían estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o en general, que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Carta, resulta esencial para armonizar la disposición jurídica censurada con los mandatos de la Carta; (iii) la exclusión de los casos o ingredientes debe carecer de un principio de razón suficiente; (iv) en los casos de exclusión, se debe generar una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) la omisión es consecuencia de la inobservancia de un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador.

18. Conforme a lo anterior, si bien el demandante demostró la existencia de la norma sobre la cual se predica, no acreditó los demás presupuestos contruidos por la jurisprudencia para el análisis de un cargo de omisión legislativa. A juicio de la Corte, la premisa sobre la cual se estructura el cargo por omisión legislativa relativa y, en efecto, la violación de los preceptos 1º, 13 y 16 de la Carta, carece de certeza, por las siguientes razones:

19. Para comenzar, la demanda supone que es una interpretación obvia del término “varón” la referencia exclusiva a los hombres nacidos por su condición de sexo masculino y, por consiguiente, la no inclusión de los hombres transgénero dentro de este concepto, lo cual genera un trato discriminatorio que resulta abiertamente inconstitucional. Al respecto, advierte la Corte que esta proposición jurídica sobre la cual se erige el cargo, no se infiere del enunciado normativo acusado, sino que es producto de una construcción subjetiva de las demandantes. Ello, por cuanto no tuvieron en consideración que, a partir de los diversos pronunciamientos de la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad[52] y de revisión de fallos de tutela, no es posible afirmar que los términos “mujer” y “varón” que emplea la Ley 1861 de 2017 para referirse a la definición de la situación militar, excluyen de sus consecuencias jurídicas a las mujeres transgénero y a los hombres transgénero, respectivamente.

20. Así, se colige con base en los razonamientos expuestos por la Corte en la sentencia C-584 de 2015, en la que se resolvió la acción pública de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993[53], que se ocupaban, antes de la expedición de la Ley 1861 de 2017[54], de fijar las reglas aplicables a la definición de la situación militar de los ciudadanos colombianos. En esa ocasión, el actor alegó 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, la situación de las personas trans, y en especial la de las mujeres, no estaba regulada en la Ley. La Corte se abstuvo de dictar un fallo de fondo y, en consecuencia, resolvió inhibirse respecto de los cargos planteados, al encontrar que la demanda no cumplía con los requisitos de certeza y suficiencia, exigidos por la jurisprudencia para determinar la aptitud material del cargo. Por las particularidades del asunto que ahora ocupa la atención de la Sala Plena, resulta pertinente destacar los fundamentos de la decisión, como se exponen a continuación.

21. En dicha sentencia, recordó la Corte el alcance que tienen los fallos de tutela en los procesos de control abstracto de constitucionalidad, señalando que si bien, por regla general, el control por vía de tutela verifica la violación particular de derechos fundamentales y su efecto es exclusivamente en el caso concreto, ello no impide que en algunas situaciones se fijen criterios que trascienden el caso específico y, por consiguiente, deben ser tenidos en cuenta por las autoridades y por los jueces al enfrentar casos

idénticos[55]. De ahí que, “la Sala Plena de la Corte no sólo debe ser congruente con la interpretación de la ley que ha adelantado en sede de tutela, sino también deberá tener presente la ratio decidendi de las sentencias de revisión”[56].

22. En ese orden, la Corte de manera implícita estableció que al momento de resolver una acción pública de inconstitucionalidad que aborde asuntos relacionados con el servicio militar y la garantía de los derechos a la identidad de género, se deben considerar los criterios fijados en las sentencias de revisión de fallos de tutela, especialmente, los dispuestos en las sentencias T-476 de 2014[57] y T-099 de 2015[58]. Ello, comoquiera que, mediante tales providencias la Corte estableció las siguientes reglas: (i) “las personas con identidad transgenerista no deben ser sometidas a restricciones para el ejercicio de derechos derivados de su identidad, es decir, por asumir su forma de ser como expresión legítima y constitucional de su identidad y libre autodeterminación”[59]; (ii) “las mujeres transgénero que se autoreconocen plenamente como tales, por ser mujeres, no están sujetas a las obligaciones legales dirigidas a los varones derivadas de la Ley 48 de 1993”[60]; y (iii) la expresión “mujer” contenida en la Ley de Reclutamiento y Movilización (Ley 48 de 1993) incluye a las mujeres transgénero que se autoreconocen como tal.

23. Sobre la base de lo anterior, la Corte concluyó que la demanda no cumplía con los requisitos de certeza y suficiencia, porque había desconocido los avances jurisprudenciales sobre el alcance de las expresiones “varón” y “mujer” a la luz de los derechos de las personas transgénero y en el contexto del servicio militar. En ese sentido, manifestó:

“(…) los cargos frente a la violación del artículo 13 y 16 de la Constitución parten de misma premisa: que la expresión “varones” y “mujeres” de las normas, excluyen a las personas transgénero. Sin embargo, como ya lo explicó este Tribunal, las Salas de Revisión de manera extensiva, reiterada y sistemática han reconocido que dichas expresiones no están relacionadas con el sexo biológico de los ciudadanos que les fue asignado al nacer, sino con la “construcción identitaria” y autónoma que cada uno hace de su propio género. Por lo tanto, el actor no reparó en la regla de este Tribunal que señala que el género no necesariamente guarda alguna relación objetiva con la identidad biológica de las personas, sino que responde a una forma de auto-reconocimiento de cada individuo a partir de sus propias experiencias y expectativas. Esto, con el fin de abandonar estereotipos arraigados

en la sociedad y que tienen el potencial de generar una discriminación sistemática”[61]. (Negrilla fuera del texto original).

24. Los fundamentos expuestos en la providencia mencionada fueron reiterados por la Corte en la sentencia C-006 de 2016, con el fin de resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993, por la presunta violación de los artículos 13, 16 y 25 de la Constitución Política. Las demandantes alegaron en esta oportunidad que las disposiciones acusadas incurrieran en una omisión legislativa relativa, en tanto había un “vacío en la legislación”, en lo que atañe a “la situación de la persona transgénero frente a la prestación del servicio militar” y, especialmente, en el caso de las mujeres transgénero. Al respecto, la Corte resolvió inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, al considerar que no se había cumplido (i) con el requisito de claridad, por no haberse precisado razonablemente cuál era el sentido de las normas demandadas que se consideraban inconstitucionales, (ii) ni tampoco con el presupuesto de certeza, comoquiera que las demandantes habían “afirma[do] 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.” En ese sentido, explicó la Corte que “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”.

25. A partir de lo expuesto, reitera la Corte que los fallos de tutela dictados en materia de protección del derecho a la identidad de género han sido un referente para definir en sede de control abstracto de constitucionalidad, el sentido en el que deben interpretarse los términos “varón” y “mujer” contenidos en la anterior Ley de Reclutamiento y Movilización (Ley 48 de 1993), y que se encuentran previstos en el mismo sentido en el texto de la Ley 1861 de 2017. En concreto, la Corte ha definido que, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, tales expresiones no están relacionadas con el sexo biológico de los ciudadanos que les fue asignado al nacer, sino con la “construcción identitaria” y autónoma que cada uno hace de su propio género[62]. En este sentido, lo que (i) ha invocado la jurisprudencia para afirmar que la mujer transgénero, en tanto se autodetermina como mujer, se encuentra incluida dentro de dicha expresión; y (ii) lo que, por analogía permite aseverar en esta ocasión que el hombre transgénero, en la medida

que se identifique con el género masculino, debe entonces entenderse cobijado por el término “varón”[63].

26. Por lo demás, observa la Sala que como se indicó en la sentencia C-584 de 2015 que es posible que un ciudadano trans no se identifique sencillamente como un hombre o una mujer y encuentre que estas categorías no resultan apropiadas o acordes para expresar su “personalidad identitaria”. Sin embargo, en este último caso el actor no presentó en su demanda ningún argumento para enfrentar este dilema por lo que el Tribunal debe concluir que este cargo tampoco cumple con el requisito de suficiencia que toda demanda de constitucionalidad debe observar. De aceptarse el argumento esbozado por las demandantes, en el sentido, de desconocer que la disposición acusada se refiere únicamente a aquellos definidos por sexo al momento de nacer, conllevaría a realizar una distinción entre estos y los hombres transgénero que resultaría a todas luces discriminatoria, y conllevaría a fortalecer concepciones sociales y estereotipos, más aún cuando la Corte ha sido enfática en señalar que para efectos de la protección de la identidad de género, éstos conceptos no admiten distinción alguna.

27. Con fundamento en lo anterior, considera la Sala que la demanda objeto de estudio no desarrolla argumentos ciertos y suficientes que permitan explicar las razones por las cuales la norma demandada excluye de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, debían estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o en general, que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Carta, resulta esencial para armonizar la disposición jurídica censurada con los mandatos de la Carta. Lo anterior, por cuanto es claro que la jurisprudencia ya ha fijado criterios sobre la interpretación del término “varón”, que permiten afirmar la inclusión de los hombres transgénero en dicho concepto, por lo cual, no es cierto entonces que la norma acusada los excluye. Frente a la ausencia de tales elementos de juicio, estima la Corte que es inepto sustancialmente el cargo planteado por las demandantes.

28. Por otro lado, la demanda también plantea que en el supuesto de que dentro de la expresión “varón” también se entienden incluidos los hombres transgénero, entonces la norma acusada resulta inconstitucional por cuanto “carece de una interpretación respecto del momento y el procedimiento para realizar la regulación”; esto es, que omite señalar cuáles son los procedimientos mediante los cuales los hombres transgénero pueden definir

su situación militar acorde con su identidad de género.

29. Recuerda esta Corte que en su jurisprudencia ha especificado que el control de constitucionalidad procede sobre las acciones del legislador y también frente a sus omisiones, y en estos casos, el elemento esencial del análisis se centra en identificar en una norma superior de un imperativo constitucional que imponga al legislador el deber específico de expedir un preciso marco regulatorio y que el mismo sea incumplido o inobservado[64]. Sobre este punto, coincide la Corte con la intervención presentada por el Ministerio Público, en el sentido de que la medida afirmativa para los hombres transgénero (procedimiento con enfoque diferencial para la definición de la situación militar), cuya presencia extrañan las demandantes en la norma acusada, no es un componente esencial de la misma, sino que se trata de una materia que, en principio, les corresponde a las autoridades competentes desarrollar a través del ejercicio de la potestad reglamentaria. De esta forma, no logran explicar las demandantes la razón por la que consideran que el legislador ostenta un deber específico impuesto por el constituyente para tratar la materia.

30. De esta manera, fue señalado en la sentencia T-099 de 2015, al ordenar “al Ministerio de Defensa diseñar e implementar un protocolo de admisión de hombres transexuales -quienes en principio estarían en la obligación de prestar el servicio militar- y de mujeres transexuales que, de manera voluntaria, aspiren a entrar a las Fuerzas Armadas. Este documento deberá garantizar el derecho de estos ciudadanos a no ser discriminados en razón de su identidad de género u orientación sexual”. Por lo cual, en la reiterada jurisprudencia de la Corte se ha evidenciado que es necesario que los órganos facultados por la ley prioricen en sus agendas el desarrollo de los procedimientos o protocolos que resulten compatibles con el ámbito de protección del derecho a la identidad de género tanto de los hombres transgénero, como de las mujeres transgénero.

31. Por lo anterior, y en la medida que la demanda no aporta los elementos que permitan notar a primera vista la omisión legislativa en la que incurre la expresión acusada, considera la Corte que se impone dictar un fallo inhibitorio por la ineptitud sustancial del cargo.

C. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

32. La Corte concluyó que el cargo por omisión legislativa relativa contra la expresión “varón” contenida en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, en el cual se subsumen los cargos por violación de los artículos 1º, 13 y 16 de la Constitución Política, fue sustentado sobre razones carentes de certeza y que resultaron insuficientes para verificar que la norma demandada omitiera incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Carta, resultará esencial para armonizar la disposición jurídica censurada con los mandatos de la Constitución. En consecuencia, la Corte se declarará inhibida de adoptar un pronunciamiento de fondo, por ineptitud sustancial de la demanda, respecto de los cargos formulados.

III. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

DECLARARSE INHIBIDA para pronunciarse por ineptitud sustancial de la demanda, sobre la constitucionalidad de la expresión “varón” contenida en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con impedimento aceptado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

A LA SENTENCIA C-220/19

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-

Procedencia (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-12897

Magistrado Ponente:

Alejandro Linares Cantillo

En atención a la decisión adoptada por la Sala Plena el día 22 de mayo de 2019, referida al Expediente No. D-12897, y con el debido respeto por las decisiones de la Sala Plena, me permito presentar Aclaración de Voto.

1. Si bien comparto que en este caso era procedente un fallo inhibitorio, me aparto de las razones que llevaron a la Sala Plena a adoptar esa decisión por dos motivos: el primero, porque la inhibición se debió fundamentar en la ineptitud sustancial de la demanda por falta de certeza. El segundo, porque la sentencia se fundamentó en una interpretación legal que no se desprendía de la ley juzgada, sino de la interpretación jurisprudencial de aquella materia en una ley derogada: la Ley 48 de 1993.

2. En primer lugar, para que el cargo de inconstitucionalidad contra la expresión “varón”, contenida en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, se hubiese considerado cierto, el demandante habría debido integrar en su censura una valoración de lo dispuesto por el literal k) del artículo 12. Según este, están exonerados “de prestar el servicio militar obligatorio”, cuando alcancen la mayoría de edad, “Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil” (subrayas propias). Y, según el primero (que contiene la expresión demandada), “Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar” (subrayas propias).

3. A partir de una interpretación sistemática de ambas disposiciones, el demandante habría debido inferir que el Legislador no consideró como relevante solo el componente biológico para juzgar la identidad sexual como criterio para definir la situación militar -como lo hacía en vigencia de la Ley 48 de 1993- sino que añadió a tal valoración el componente registral. Según esta nueva regulación, el tránsito registral entre sexos, en específico el que ocurre de varón a mujer -esto es, el que “Los varones colombianos que

después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil”, no exonera de la obligación de “definir la situación militar”. Las personas que se encuentran en el supuesto regulado en el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 no están exoneradas de “definir su situación militar” (supuesto que regula el artículo 11), sino de “prestar el servicio militar” (aspecto que regula el artículo 12), dado que conservan el primer deber, en los términos del párrafo 1° del artículo 25 de esta ley, según el cual han de acudir ante la respectiva autoridad de reclutamiento “para continuar con el proceso de liquidación de la cuota de compensación militar, si a elle hubiere lugar”.

4. Como el demandante no consideró, en su integridad, esta nueva regulación, la interpretación de la expresión “varón”, en la que fundamentó sus cargos, fue meramente imaginativa y edificada en una indebida equiparación entre la regulación contenida en Ley 48 de 1993 y la contenida en la Ley 1861 de 2017. En consecuencia, (i) el presunto cargo de desigualdad partió por asimilar unos grupos legalmente inexistentes; (ii) los presuntos cargos por violación a la dignidad humana y al libre desarrollo no se basaron en la opción legislativa real y (iii) el cargo por omisión legislativa no podía ofrecer elementos para establecer qué era lo auténticamente omitido por el Legislador.

5. En segundo lugar, de manera equivocada, la Sala trasladó a la ley vigente las consideraciones jurisprudenciales desarrolladas en el contexto de la Ley 48 de 1993, sin reflexionar sobre las diferencias legales referidas en los párrafos anteriores. Por tanto, desconoció que el Legislador acogió una nueva postura legal que requería ser juzgada en concreto y con fundamento en un cargo que lograra ofrecer una duda mínima de inconstitucionalidad. Esto resultaba especialmente relevante dado que se juzgaba una ley que regulaba el deber de los colombianos –con independencia de su género– de prestar el servicio militar, materia en la cual el artículo 216 de la Constitución era especialmente deferente con el Legislador.

6. Finalmente, considero que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de tutela fue empleada de forma inadecuada, pues no fue utilizada para determinar el alcance del parámetro de control constitucional –en abstracto–, sino para asumir el contenido de la ley juzgada, que no correspondía a la nueva regulación. Ello era especialmente importante si se considera que tales precedentes se referían a disposiciones

no solo derogadas (las contenidas en la Ley 48 de 1993), sino relevantemente diferentes en torno al punto específico sometido a examen de constitucionalidad y regulado de una manera bien distinta en la Ley 1861 de 2017. Por tanto, al realizar tal equiparación automática, la Corte Constitucional obró como si el juicio se dirigiera al contenido de sus precedentes y no al de ley sometida a escrutinio.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] Folios 40 a 44 del cuaderno principal.

[2] Ibidem.

[3] Folio 52 del cuaderno principal.

[4] Folio 46 a 51 del cuaderno principal.

[5] Folio 60 a 61 del cuaderno principal.

[6] En la demanda se precisa que “(...) el ser transgénero, se considera como el hecho de que la identidad de género de una persona, no se corresponda con el género asignado a uno mismo deliberadamente y que el ser

transexual es el hecho de identificarse con el género opuesto al impuesto de manera biológica” (folio 5 del cuaderno principal). En tal sentido, “(...) cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la persona se identifica con el género femenino, dicha persona sería una mujer transgénero, mientras que una persona a quien se le ha asignado el género femenino al nacer pero que se identifica con el género masculino, es un hombre transgénero” (folio 5 del cuaderno principal).

[7] En particular, se ponen de presente los casos estudiados en las sentencias T-476 de 2014 y T-099 de 2015.

[8] Folio 12 del cuaderno principal.

[9] Folio 16 del cuaderno principal.

[10] En ese sentido, señala que la Corte Constitucional ha afirmado que la igualdad tiene una triple dimensión: valor, principio y derecho. Es en esta última dimensión que se impone la necesidad de lograr su materialización a través de acciones concretas con el fin de beneficiar a grupos marginados o discriminados de manera sistemática.

[11] Al respecto, manifiestan las demandantes “la falta de regulación de la situación militar de los hombres transgénero, puede conllevar a situaciones de vulnerabilidad de sus derechos durante el procedimientos desarrollados en el trámite para obtener la libreta militar. En primer lugar, quienes son llamados a prestar el servicio militar, deben someterse a exámenes médicos incluso en recintos con otros hombres, esto puede ser humillantes para el hombre transgénero toda vez puede quedar expuesto a una divulgación forzada de su identidad. En segundo lugar, aquellos hombres transgénero que ya superaron la edad dispuesta en la ley para regular su situación militar, y no cuentan con la libreta deben divulgar su condición de transgénero siempre que se les sea solicitado este documento, lo que manifiestamente vulnera su privacidad y su libre desarrollo a la personalidad. Al no existir medidas afirmativas que eviten las situaciones antes descritas, es latente una posible vulneración de los derechos de esta comunidad”. Folio 22 del cuaderno principal.

[12] Folio 26 del cuaderno principal.

[13] El primero de noviembre de dos mil dieciocho (2018), la Secretaría General de la Corte Constitucional informó que el dieciocho (18) de octubre del mismo año se fijó en lista por el término de diez (10) días. En consecuencia, como intervenciones en el proceso y después de invitar a algunas instituciones, se recibieron las que a continuación se detallan. Folio 64 del cuaderno principal.

[14] Intervención presentada por Sandra Marcela Parada Aceros, como apoderada especial del Ministerio de Defensa. Folios 136 a 143 y folios 227 a 244 del cuaderno principal.

[15] En tal sentido, se considera que el cuestionamiento tampoco responde a razones ciertas, específicas, pertinentes y suficientes: “Al extrapolar ese requisito al caso concreto, observa la Secretaría General de la Policía Nacional, que en la demanda la accionante hace elucubraciones sobre una presunta vulneración de derechos fundamentales, soportado en la

falta de un documento (libreta militar) que identifique un transgénero como hombre, evento en el que se sale de contexto legal, como quiera que no existe una ley que indique la posibilidad que la citada libreta supla o reemplace a la cédula de ciudadanía. No dejan de ser conjeturas por parte de los accionantes que no apuntan a situaciones específicas que exige el juicio de constitucionalidad, que requiere estar orientado a establecer la existencia de una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto superior invocado (...)"

[16] Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización.

[17] Intervención presentada por Alfredo José Delgado Dávila, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica. Folios 173 a 184 y folios 215 a 226 del cuaderno principal.

[19] Conformada por la Red Distrital de Hombres Trans, Hombres en Desorden, Fundación Grupo de Acción y Apoyo a las Personas Trans -GAAT-, la Redada Miscelánea Cultural y Fundación Ayllu Familias Transmasculinas. Folio 87 a 99 del cuaderno principal.

[20] Durante el mes de septiembre de 2018, la Coalición de Organizaciones Transmasculinas inició un proyecto para reconocer la realidad de los hombres trans en relación con el servicio militar obligatorio y el acceso a la libreta militar. Así, a través de una encuesta, se recibieron 117 historias que respondían a esta realidad y, en particular, se encontró lo siguiente:

- El 59% de los participantes ha realizado la corrección del componente del sexo en su documento de identidad, acogiéndose a lo dispuesto en el Decreto 1227 de 2015.
- El 76,1% de los participantes no desean prestar el servicio militar, tras aducir (i) los potenciales riesgos para la integridad física, mental y sexual al interior de las fuerzas militares; (ii) la ausencia de garantías de adaptación para la inclusión de hombres trans dentro de tales instituciones; (iii) la priorización del estudio y/o trabajo, la necesidad de materializar la objeción de conciencia ante sus posturas ideológicas, pacifistas y el rechazo a escenarios bélicos; o (iv) porque son responsables de la jefatura de sus hogares.
- El 47% de los participantes ha tenido la necesidad de solicitar su libreta militar.

Entre las respuestas que sustentan tal causa están los siguientes factores: (i) el constante requerimiento de la libreta militar en espacios públicos, la cual es exigida por el Ejército; (ii) la necesidad de presentarla para acceder a puestos de trabajo; (iii) dado que ella es exigida para la obtención títulos de grado, estudios de posgrado, el acceso a becas y como requisito previo para las tarjetas profesionales, requeridas para el ejercicio de ciertas labores; (iv) por las citaciones que se les ha efectuado con posterioridad a la corrección del elemento “sexo” en su documento de identificación; y, finalmente, (v) con el fin de prevenir agresiones y abusos de autoridad por parte del Ejército al momento de solicitarla.

- El 24,8% ha realizado algún trámite para obtener la libreta militar, lo cual se justificó en la necesidad de disminuir las dificultades para acceder a un trabajo, requerirla para sentirse más seguros y sin miedo de movilizarse en el espacio público sin contar con ella y al considerarse indispensable para proteger su identidad como hombres trans. Por el contrario, el 75,2% de quienes no han realizado este procedimiento manifiestan que no han procedido a efectuarlo por desconocer cuál es la ruta para su obtención, los plazos y las multas, así como dificultades del orden económico.

[21] Folio 88 del cuaderno principal.

[22] Ibidem.

[23] Folios 100 a 121 del cuaderno principal.

[24] Al hacer referencia a la protección de los derechos de las personas con identidades de género diversas en el marco legal nacional e internacional, se precisó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática al reconocer que la identidad de género y la orientación sexual son aspectos cruciales en el ejercicio de los derechos a la igualdad, la intimidad y la dignidad. Se ha indicado que “(...) ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”. Al respecto, es posible consultar el Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Párrafo 85.

[25] Adicional a lo anterior, se solicitó que este expediente sea acumulado a la demanda D-12802, presentada por la señora Sonia Marleny Osorio Botero.

[26] Ver sentencia T-099 de 2015.

[27] Ver sentencia T-476 de 2014.

[28] Tal intromisión en su derecho a la intimidad, en ocasiones es suplida por la vía de desistir del proceso de contratación en donde sea exigido tal documento o llevan, incluso, a que tengan que falsificar tales. Esta última circunstancia puede contribuir a la criminalización de las personas transgeneristas, como así se ha reconocido en distintos estudios. En particular, se cita uno denominado “Personas Transgeneristas y libretas militares: posibles respuestas jurídicas desde el reconocimiento y la distribución”. González Gil, Matilda (2013).

[29] La intervención fue presentada por Marcela Sánchez Buitrago, Directora Ejecutiva, y Juan Felipe Rivera Osorio, Abogado de Litigio Constitucional de esta organización no gubernamental. Folios 185 a 213 del cuaderno principal.

[30] Intervención presentada por Lina Malagón Penen, adscrita al Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Folios 122 a 126 del cuaderno principal.

[31] El panorama de la población LGTBI es preocupante e, incluso, el Centro Nacional de Memoria Histórica ha indicado que en el caso particular de las personas transgénero se produce un fenómeno denominado “circularidad de las violencias”, en el que la violencia “heteronormativa” –que empieza en la familia- se consolida en el contexto escolar, situación que conduce a que se dé el abandono de los estudios y la reducción de las opciones laborales. Así, la persona queda por tanto expuesta a contextos marginales, en los que puede ser vinculada por los actores violentos e, incluso, terminar en la cárcel donde continúa el ciclo de violencia.

[32] Intervención presentada por el Grupo de Investigación en Derechos Humanos y DIH “de las casas” de la Universidad, folios 127 a 135 del cuaderno principal.

[33] Intervención presentada a través de los miembros de la Clínica Jurídica de esta Universidad de la Sábana, Folios 246 a 249 del cuaderno principal.

[34] Intervención presentada por miembros del Grupo de Litigio de Interés Público de la

Universidad del Norte. Folios 262 a 283 del cuaderno principal.

[35] Al respecto, es posible consultar las sentencias C-539 de 2011, T-771 de 2013, T-804 de 2014, T-562 de 2015 y T-476 de 2014.

[36] Esta perspectiva es acorde con la protección internacional que se ha abierto paso en distintos Estados. En Europa, la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo adoptó en abril de 2015 una resolución sobre los derechos de las personas transgénero. En la misma dirección, el Tribunal Europeo falló en contra de Turquía, en el caso de una persona trans a quien se le exigía como requisito previo para realizarse la cirugía de cambio de sexo, la esterilización. En este último caso se consideró que exigir a una persona transgénero la infertilidad permanente para poder someterse a la cirugía de asignación de sexo vulneraba los derechos a la vida privada y a la familia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De otra parte, en Dinamarca, el Parlamento aprobó una ley que permite a sus ciudadanos cambiar su identidad de género, sin que sea necesario acudir a la esterilización forzada, la cual entró en vigencia el 1 de septiembre de 2014. La Corte Administrativa de Estocolmo revocó, en 2013, la decisión del Consejo Nacional de Salud y Bienestar que rechazó el cambio legal de su género en los registros de identificación, pues previamente se le exigía un diagnóstico de un médico. En Argentina, la Ley 26.743 de 2012 permitió el cambio legal de identidad, es decir el cambio en el registro civil, sin que sea necesario someterse a ningún tipo de procedimiento quirúrgico o se solicite un diagnóstico médico.

[38] Folios 115 a 121 del cuaderno principal.

[39] Sentencia T-675 de 2017.

[40] Folios 144 a 151 del cuaderno principal.

[41] Ver, por ejemplo, la sentencia T-476 de 2014.

[42] Folios 162 a 171 del cuaderno principal.

[43] Folios 258 a 293 del cuaderno principal.

[44] Ver, sentencias C-206 de 2016, C-207 de 2016, entre otras.

[45] Al respecto, en la sentencia C-372 de 2011, la Corte manifestó: “(...) con base en la jurisprudencia constitucional se ha considerado que “la apreciación del cumplimiento de tales requerimientos ha de hacerse en aplicación del principio *pro actione* de tal manera que se garantice la eficacia de este procedimiento vital dentro del contexto de una democracia participativa como la que anima la Constitución del 91. Esto quiere decir que 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”.

[46] Ver sentencia C-1123 de 2008.

[47] Por lo anterior, aducen que la norma acusada genera un vacío normativo que, primero, vulnera el derecho a la dignidad humana de los hombres transgénero, debido a que la incertidumbre en el procedimiento a seguir para la regulación y obtención de la libreta militar es un obstáculo a la posibilidad de que aquellos puedan realizar su propio proyecto de vida de acuerdo con su identidad de género. Segundo, incumple con el mandato de igualdad, en la medida que se trata de manera diferente a los hombres transgénero en dos situaciones: (i) las mujeres transgénero sí cuentan con una regulación clara para definir su situación militar y los hombres transgénero, pese a que se encuentran en el mismo supuesto, no la tienen; y (ii) si se interpreta el término “varón” en el sentido que incluye a los hombres transgénero, pero no se regula un procedimiento especial para estas personas, se estaría dando un trato igual al que reciben los hombres de sexo masculino al momento del nacimiento, pese a que estos se encuentran en un supuesto diferente. Tercero, desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comoquiera que al no estar previsto un procedimiento que permita a los hombres transgénero definir su situación militar y, en efecto, obtener la libreta militar, se impide a este grupo el acceso a un documento que, al igual que el registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía (indicadores de género), define la identidad de género masculina.

[48] Así, por ejemplo, en la sentencia C-362 de 2001, la Corte también se inhibió de conocer la demanda contra Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5º del Decreto 2700 de 1991, pues “del estudio más detallado de los argumentos esgrimidos por el demandante, como corresponde a la presente etapa procesal, puede deducirse que los cargos que se

plantean aparentemente contra la norma atacada no lo son realmente contra ella”.

[49] Sentencia C-504 de 1995. La Corte se declaró inhibida para conocer de la demanda presentada contra el artículo 16, parcial, del Decreto 0624 de 1989 “por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”, pues la acusación carece de objeto, ya que alude a una disposición no consagrada por el legislador.

[50] Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-1544 de 2000. La Corte se inhibe en esta oportunidad proferir fallo de mérito respecto de los artículos 48 y 49 de la Ley 546 de 1999, por presentarse ineptitud sustancial de la demanda, debido a que el actor presentó cargos que se puedan predicar de normas jurídicas distintas a las demandadas. En el mismo sentido C-113 de 2000, C-1516 de 2000, y C-1552 de 2000.

[51] En este mismo sentido pueden consultarse, además de las ya citadas, las sentencias C-509 de 1996, C-1048 de 2000, C-011 de 2001, entre otras.

[52] En la sentencia C-511 de 1994, no se aborda específicamente la discusión sobre los derechos de las personas transgénero, sin embargo, realizó una interpretación sobre el término “varón” en el siguiente sentido: “Aun cuando el parágrafo del artículo 10 no ha sido objeto de la demanda, se detiene la Corte para fijar el alcance de la expresión “varón” del inciso 1o. del precepto bajo examen y sus connotaciones con el fundamental derecho a la igualdad (artículo 13 de la C.P.). 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)”.

[53] Ley 48 de 1993, “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”.

[54] Ley 1861 de 2017, “Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”.

[55] Se citan casos ilustrativos, tales como (i) actualización de la primera mesada pensional, sentencia SU-120 de 2003; (ii) requisito de fidelidad para la pensión de invalidez, sentencia C-248 de 2009; (iii) en el caso de reglas de protección a la identidad de género y a la orientación sexual frente al servicio militar obligatorio, fueron citadas: T-504 de 1994, SU-337 de 1999, T-1025 de 2002, T-152 de 2007, T-062 de 2011, T-314 de 2011, T-918 de 2012, T-977 de 2012, T-476 de 2014, T-099 de 2015.

[56] Ver sentencia C-584 de 2015.

[57] En la sentencia T-476 de 2014, 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. En la tutela, una mujer transgénero describe que había allegado su hoja de vida a la Subdirección de Asuntos LGBT de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá con el fin de participar en un proceso de contratación adelantado por dicha entidad. Sin embargo, la entidad le notificó posteriormente que no podía avanzar con su contratación porque no había aportado una copia de su libreta militar. La Sala de Revisión que examinó ese caso, decidió inaplicar el artículo 36 de la Ley 48 de 1993, referido a la obligación de presentar la libreta militar para celebrar contratos con alguna entidad pública, bajo el entendido de que el Estado debe proteger los derechos al pluralismo, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad e identidad

[58] En la sentencia T-099 de 2015, la Sala de Revisión analizó de manera directa la aplicabilidad de las normas de reclutamiento sobre las mujeres transgénero. En este caso, el Tribunal conoció la solicitud elevada por Gina Hoyos Gallego, una mujer transgénero a la que la Dirección de Reclutamiento del Ejército le impuso una multa al considerar que se presentó de manera extemporánea a definir su situación militar. Ante dicha circunstancia, la Sala de Revisión se preguntó si la exención legal contemplada en el artículo 10 de la ley demandada incluía o no a las mujeres con una identidad de género diversa. Así, la Corte llegó a la conclusión que dicha norma no aplicaba a las mujeres transgénero, por lo que las mismas no son destinatarias del servicio militar obligatorio.

[59] Ver sentencia T-476 de 2014.

[60] Ver sentencia T-099 de 2015.

[61] Ver sentencia C-584 de 2015.

[62] Ver sentencia C-584 de 2015.

[63] A este reconocimiento llegó expresamente la sentencia T-099 de 2015, al ordenar expresamente en el resolutivo sexto “(...) Del mismo modo, deberá incluirse un mecanismo para el reclutamiento de los hombres transexuales que puedan ser sujetos de la Ley 48 de 1993”. Lo anterior, a pesar de tratarse como ya se expuso de un caso de mujer transgénero.

[64] Ver sentencia C-134 de 2019.