

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia C-337/24

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carácter rogado/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carácter público

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL-Ineptitud sustantiva de la demanda

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-Incumplimiento de requisitos de certeza, especificidad y suficiencia en los cargos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Interpretación aislada que desconoce el contexto normativo de la disposición acusada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA C-337 DE 2024

Referencia: expediente D-15582

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 248 (parcial) de la Ley 906 de 2004

Demandantes: Paulina Morales Ospina, Juliana Sepúlveda Londoño, Francisco Esteban Aristizábal Ibarbo y Valentina Rivera Rivera

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Magistrado sustanciador:

Juan Carlos Cortés González

Síntesis de la decisión

¿Qué estudió la Corte?

La Corte estudió la demanda presentada en contra de la expresión «sexo», contenida en el inciso segundo del artículo 248 de la Ley 906 de 2004, norma sobre el registro personal en procesos penales. El cargo de inconstitucionalidad se basó en que la expresión acusada

vulneraba los artículos 1, 13, 15, 16 y 21 de la Constitución, por desconocer la identidad de género en tanto otorgaba un trato discriminatorio a las personas sujetas a registro que no se definen por características meramente biológicas, bajo los conceptos femenino – masculino.

¿Qué consideró la Corte?

Como cuestión previa al estudio de fondo de la demanda, la Sala Plena estimó necesario hacer un análisis sobre la aptitud de la misma. Al respecto, consideró que el cargo carecía de certeza porque los demandantes no tomaron en cuenta el alcance ni el contenido normativo actual y completo de la disposición demandada. En particular, no se tomó en consideración lo decidido por este tribunal en la Sentencia C-822 de 2005, en la que se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 248 de la Ley 906 de 2004, así como la inexequibilidad de uno de sus apartes normativos. Tampoco se cumplió con la condición de especificidad, ya que los actores formularon razonamientos vagos, imprecisos e incompletos y solo argumentaron sobre la hipótesis del registro policivo, el cual ya no hace parte de la norma, olvidando referirse a la hipótesis del registro en curso de una investigación penal. Por último, tampoco se acreditó la suficiencia de la censura debido a que, al no estructurarse adecuadamente el cargo, no se logró suscitar una duda mínima sobre la constitucionalidad de la expresión impugnada.

¿Qué decidió la Corte?

La Corte Constitucional decidió declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 248 (parcial) de la Ley 906 de 2004.

Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, en especial, la prevista en el artículo 241.4 de la Constitución, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. 1. Paulina Morales Ospina, Juliana Sepúlveda Londoño, Francisco Esteban Aristizábal Ibarbo y Valentina Rivera Rivera presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 248 (parcial) de la Ley 906 de 2004, «[p]or la cual se expide el Código de Procedimiento Penal».

2. Mediante auto del 7 de diciembre de 2023, se admitió parcialmente la demanda, solo en

relación con el cargo por presunta violación de los artículos 1, 13, 15, 16 y 21 de la Constitución. En proveído del 18 de enero de 2024, se rechazó la censura relativa a la supuesta vulneración del preámbulo y los artículos 2.º, 5.º y 18 de la Carta, por no subsanarse en término lo requerido en el auto inadmisorio. En consecuencia, se dispuso la continuación del trámite únicamente respecto del cargo admitido y se ordenó: (i) requerir a la Fiscalía General de la Nación para que rindiera informe probatorio en el caso y absolviera algunos interrogantes en relación con la norma demandada; (ii) comunicar el inicio de la actuación al presidente del Congreso de la República, al presidente de la República, a la Fiscalía General de la Nación, al Ministerio de Justicia y del Derecho y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; (iii) fijar en lista el proceso, en aras de permitir la intervención ciudadana, y (iv) correr traslado a la procuradora general de la Nación, para lo de su competencia.

3. Adicionalmente, se invitó a participar a las universidades Santo Tomás de Bucaramanga, de Caldas, Externado, del Rosario, Nacional de Colombia, de Antioquia, de los Andes, Javeriana, Libre, EAFIT, del Norte, al Colegio de Abogados Penalistas de Colombia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la organización Colombia Diversa, a la Corporación Caribe Afirmativo, a la Fundación Grupo de Acción y Apoyo a personas Trans (GAAT) y al Programa de Acción para la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

4. Una vez recibido y valorado el material probatorio a cargo de la Fiscalía General de la Nación, se dispuso continuar con el trámite, mediante auto del 27 de febrero de 2024.

5. Cumplidos los trámites pertinentes y previo concepto de la procuradora general de la Nación, la Sala Plena de la Corte Constitucional procede a resolver la demanda de la referencia.

II. LA NORMA DEMANDADA

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

6. A continuación, se transcribe el texto del artículo 248 de la Ley 906 de 2004 y se subraya la expresión acusada:

LEY 906 DE 2004 [...]

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal [...]

ARTÍCULO 248. REGISTRO PERSONAL. [S]alvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona.

Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor.

III. LA DEMANDA

7. Los demandantes solicitan que la norma acusada se declare inconstitucional «en cuanto a su segundo inciso, dirigiéndose especial y específicamente al término SEXO». Según los actores, la perspectiva del sexo ha sido ampliada por circunstancias sociales y culturales, lo que quiere decir que existen muchos factores que contribuyen a la identidad y experiencias del individuo. En específico, en lo que tiene que ver con la identidad de género, citaron la Sentencia SU-440 de 2021 para explicar que las identidades transgénero –que comprenden las experiencias de género que no encajan en el sistema binario o de identidad cisgénero, es decir, las personas que vivencian su género de forma diversa al que se les asignó al nacer– son invisibilizadas por el concepto de «sexo». En ese contexto, la expresión acusada es inconstitucional, en la medida que se basa en un estereotipo que anula la autonomía del ser humano, al asociarlo a «nociones de determinismo biológico» que afectan su honra y socavan la construcción de su plan de vida sin discriminación, impactando en la individualidad del ser humano.

8. Por lo anterior, argumentaron que la norma demandada genera un trato discriminatorio en «cuanto presenta un estereotipo, que consiste en la realización de suposiciones o generalizaciones sobre las personas en función de su sexo u otras características, dando lugar a juicios sesgados y acciones discriminatorias y cuando esto sucede las personas son encasilladas o estereotipadas en función de su sexo (características biológicas) en lugar de su género (una identidad social y personal más compleja)». Por lo cual, consideran que las

personas que no se identifican con lo que típicamente se ha clasificado como mujer u hombre, en función de las características observables de los seres humanos, se ven discriminadas. De ahí que emplear la palabra «sexo» como parámetro para realizar el registro personal, desconoce que, en virtud del derecho a la identidad de género, las personas no se definen únicamente en función de sus cualidades físicas.

9. Para los accionantes, el registro personal se encuentra «a cargo de la Policía Nacional generalmente» (...) y «es entonces una medida preventiva implementada por la Policía Nacional con la finalidad de preservar el orden público», y al respecto citan apartes de la Sentencia C-789 de 2006, relativos a que se trata de un procedimiento para prevenir la comisión de una conducta punible o contraria a la convivencia.

IV. PRUEBAS RECAUDADAS

10. En virtud del requerimiento efectuado por el magistrado ponente, la Fiscalía General de la Nación rindió informe sobre cómo se desarrolla la diligencia de registro regulada en el precepto demandado. Preciso que es practicada por la policía judicial del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), siguiendo los lineamientos del «Manual Único de Policía Judicial – versión 2, capítulo 5 (actuaciones para la obtención y recuperación de muestras en víctimas, indiciados o imputados), numeral 5.3».

11. En virtud de aquel manual, el procedimiento se realiza «cuando se tienen motivos fundados para inferir que una persona relacionada con la investigación que se adelanta oculta elementos materiales probatorios – EMP – y evidencia física – EF – entre sus pertenencias o los lleva adheridos externamente a su cuerpo». Verificado ello, continúa la actuación «ubicando a la persona, presentándole la autorización del juez de control de garantías para llevar a cabo la diligencia y la orden del Fiscal que la solicita. Posteriormente, se procede a practicar el registro superficial a la persona para hallar y recolectar los elementos que se requieren. De lo actuado, se deja constancia en el formato de investigador de campo, el cual es entregado al Fiscal para que realice el control posterior de legalidad».

12. Replicando la norma demandada, el manual señala que el registro se realiza por una persona del mismo sexo y «sobre la superficie del cuerpo, la vestimenta, los elementos que lleve consigo (carteras, mochilas, bolsas, entre otros) y las áreas bajo control físico, del investigado o de un tercero relacionado con la investigación». En todo caso, «[e]n los eventos

en los que la persona impida su registro a pesar de la orden, el servidor de policía judicial no podrá desarrollar el procedimiento» y deberá acudir nuevamente ante el juez de control de garantías para que establezca las condiciones bajo las cuales debe practicarse, conforme se decantó en la Sentencia C-822 de 2005.

13. Por último, la Fiscalía General de la Nación relacionó la cantidad de registros que se practican anualmente. Las cifras sugieren una tendencia decreciente desde 2020 hasta la actualidad, periodo en el que estos procedimientos han oscilado entre 4 y 28 al año. Mientras tanto, de 2011 a 2019, se venían practicando entre 250 y 838. Para tales efectos, el ente acusador anexó la siguiente tabla con información sobre el total de procesos en los sistemas de información de la entidad con la actuación «orden de registro personal»:

AÑO ACTUACION

PROCESO CON LA ACTUACION

2005

16

2006

6

2007

18

2008

32

2009

37

2010

189

2011

559

2012

593

2013

459

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

621

2015

609

2016

627

2017

838

2018

721

2019

250

2020

4

2021

28

2022

24

2023

11

Fuente: FGN, Dirección de Políticas y Estrategia

V. INTERVENCIONES Y CONCEPTOS

14. La Corte recibió trece intervenciones: dos solicitaron la exequibilidad simple de la norma demandada y once abogaron por su exequibilidad condicionada. A continuación, se presenta el contenido sintetizado de aquellas.

Ministerio de Justicia y del Derecho

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

15. Solicitó que la expresión «sexo» contenida en el aparte demandado se sustituyera por la expresión «género». Esto, en consideración a que, más allá de la manera en que se lleva a cabo el registro personal, a juicio del ministerio «la norma presenta ciertos inconvenientes en aquellos escenarios en que se trate de una persona imputada o relacionada con la investigación, que no encaje en el sistema binario o de identidad cisgénero, es decir, las personas que vivencian su género de forma diversa al que se les asignó al nacer». En ese

sentido, la utilización de la expresión «sexo» puede tener una connotación discriminatoria y ocasionar un efecto contrario al que pretende la norma, esto es, que el procedimiento de registro respete las garantías fundamentales de las personas sometidas a él.

16. El ministerio enfatizó que la disertación no debe centrarse en el registro personal propiamente dicho sino en el sentido gramatical de la palabra cuestionada, teniendo en cuenta el papel transformador del lenguaje y su importancia para la realización de los derechos y principios consagrados en la Constitución. En efecto, el léxico utilizado por el legislador puede ser un factor potencial de exclusión social, como justamente sucede con la norma acusada, en cuanto introduce estereotipos basados en el sexo, que perpetúan modelos de discriminación contra sujetos de especial protección constitucional, dentro de este se cobijan los «derechos de quienes no se identifican con un género en particular o se identifican con uno diferente al de sus características biológicas y físicas».

Academia Colombiana de Jurisprudencia

17. Solicitó que se declare la exequibilidad de la norma demandada. Al respecto, adujo que el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 ya fue analizado y declarado condicionalmente exequible en la Sentencia C-822 de 2005. Lo anterior, por cuanto «la interpretación que dio la Corte Constitucional a esta disposición -que se considera como la única conforme a la Constitución-, abarca el supuesto de hecho por el cual los demandantes consideran que la expresión sexo del segundo inciso de la norma es inconstitucional». Ello, debido a que la autorización que otorga el juez de control de garantías debe ser respetuoso del derecho a la dignidad humana.

18. Tomando en consideración que la norma ya fue objeto de una sentencia de constitucionalidad condicionada, los demandantes debían realizar una argumentación que involucrara dicha interpretación y no la que ellos aisladamente quisieron otorgarle. Si hubieran tenido en cuenta el mencionado fallo, se habría podido advertir que dentro de los elementos a tomar en consideración por el juez de control de garantías se encuentra el relativo a la diversidad de género. Resalta la interviniente que este aspecto podría requerir que la Corte analice la posible ocurrencia del fenómeno de cosa juzgada.

Harold Eduardo Súa Montaña

19. Solicitó que se declare la exequibilidad de la palabra acusada. En su criterio, aquella

«está configurada en el contexto normativo de la época de su emanación sin estar pragmáticamente discordada al actual en tanto la misma sirve al propósito legislativo de la norma donde figura señalado en sentencia C822 de 2005». Estos propósitos, según lo señala el interviniente son (i) que el registro se realice con el mayor decoro posible, (ii) y que se desarrolle en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad. Además, resalta la posibilidad que tiene la persona registrada de oponerse para «hacer imperar su identidad deconstruida».

20. En ese sentido, estima que en la Sentencia C-822 de 2005, la Corte Constitucional estableció que el registro personal requiere autorización previa del juez de control de garantías, autoridad que, además de ponderar si el procedimiento es pertinente, idóneo, necesario y proporcionado, definirá las condiciones bajo las cuales se practicará, para lo cual tendrá en cuenta la dignidad de la persona y el grado de afectación de sus derechos. Esto permite entender que, antes de ejecutar dicho procedimiento, también se verificará que no se conculquen los derechos de las personas con identidad de género diversa. De ahí que no tenga cabida el cuestionamiento de los demandantes, quienes se limitaron a interpretar literalmente la norma, sin tener en cuenta la prenotada limitación judicial. De hecho, podría afirmarse que hay cosa juzgada, pues la citada sentencia decantó integralmente las pautas bajo las cuales debe agotarse la diligencia en estudio, incluso en relación con el cargo que hoy se plantea.

Universidad EAFIT

21. Inició por descartar la configuración de la cosa juzgada, explicando que la Sentencia C-822 de 2005 no abordó el derecho a la identidad de género y su posible vulneración a raíz del uso de la palabra «sexo», como parámetro para determinar quién ejecutará el registro. A continuación, caracterizó los conceptos de sexo y género, para enfatizar que mientras el primero parte de un marco estrictamente binario y mutuamente excluyente (macho-hembra), que no consigue abarcar todas las manifestaciones -ni siquiera las biológicas o producidas quirúrgicamente- del sexo en los seres humanos, el segundo se desliga de la perspectiva eminentemente anatómica para dar paso a un fenómeno de construcción identitaria, que permite a la persona transitar entre la feminidad y la masculinidad, o negar ambas etiquetas, para definir autónomamente su concepción propia en un plano que no está restringido por los hechos biológicos o por el rótulo que le fue asignado al nacer, lo que ha sido reconocido

por la jurisprudencia constitucional como una garantía fundamental autónoma, asociada al principio de la dignidad humana y a los derechos a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

22. En ese contexto, al emplear criterios como el sexo, la norma cuestionada anula el derecho a desarrollar y expresar la identidad de género de forma libre y autónoma, al paso que introduce un factor de discriminación para las personas que no se conciben dentro de las categorías biológicas socialmente definidas.

23. Posteriormente, aplicando el test estricto de igualdad, manifestó que la solución que se muestra adecuada, conducente, proporcional y razonable para superar dichas situaciones es declarar la exequibilidad condicionada de la norma, en el entendido de que la expresión «sexo» sea comprendida como «género» y «teniendo en cuenta que el procedimiento debe desarrollarse de la siguiente manera: 1. El funcionario debe preguntar a la persona que se va a someter al registro con qué género se identifica. 2. Luego se procede a asignar un funcionario de su mismo género para realizar el registro. 3. En caso en que no haya un funcionario de la misma identidad de género diversa (no binario, género fluido o trans) el funcionario debe preguntarle si se sentiría más a gusto con que le realice el registro una persona cisgénero hombre o mujer».

24. En ese sentido, consideró la interviniente que la decisión implicaría una medida afirmativa a favor de los grupos históricamente discriminados en razón del género, que permite materializar la diligencia de registro regulada en la norma acusada, sin restringir los derechos a la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, el pluralismo y el principio de respeto de la dignidad humana, para favorecer la inclusión de las personas y evitar que sean etiquetadas con base en los prejuicios de la autoridad.

Colombia Diversa y PAIS

25. Tras definir diversos conceptos relativos al derecho a la identidad de género, estos intervinientes efectuaron una reconstrucción de los estándares nacionales e internacionales que guían su protección y facilitan la comprensión de la relación entre los conceptos sexo y género. En ese sentido, citaron la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, la Opinión Consultiva 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Principios de Yogyakarta y diversas decisiones de la Corte

Constitucional, en cuya virtud la identidad de género es una manifestación de la dignidad humana y del derecho a autodeterminarse de las personas y a ser tratadas conforme a su concepción de sí mismas, sin que la categoría de sexo defina la manera en que se relacionan con la sociedad y la institucionalidad. Tales fuentes también dan cuenta de la protección reforzada que merecen las personas con identidad de género diversa, ante las violencias y discriminaciones históricas que han padecido, al paso que recalcan la importancia de erradicar todo acto orientado a restringir su desarrollo libre, autónomo y en igualdad de condiciones con las personas que han asumido los roles socialmente impuestos.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

26. Estas consideraciones resultan desconocidas por la norma acusada, pues utiliza el «sexo» como único parámetro para la práctica del registro, sin tener en cuenta que con ello se segrega injustificadamente a aquellos que se auto conciben mediante identidades de género que no corresponden a la documentación legal o a la genitalidad asociada a las categorías hombre o mujer. En consecuencia, debe declararse la exequibilidad condicionada de tal precepto, en el sentido de que se entienda que «incluye el género con el que la persona se identifica».

Universidad de Medellín

27. Al igual que los anteriores intervinientes, reclama la exequibilidad condicionada de la norma. A su juicio, la palabra «sexo» debe ser reemplazada por la expresión «género», por desconocer el derecho a la identidad de género y promover sesgos discriminatorios basados en la construcción binaria del ser humano. En ese sentido, destacaron: (i) los aportes de las teorías feministas que indican que «el origen del binarismo sexual no es natural, sino que ha sido creado por la historia y la sociedad y se encuentra reflejado en la racionalidad y el discurso jurídico imperante, el cual se identifica como sexista y creador de un orden de género patriarcal», perspectiva que ha sido fundamental «para repensar tanto la realidad de las mujeres como de aquellas personas que han construido una identidad de género distinta a la hegemónica»; y (ii) la jurisprudencia constitucional que ha reconocido que las personas con identidad de género diversa merecen protección cualificada contra la discriminación que les impide desarrollarse y expresarse más allá de sus cualidades físicas o de las etiquetas impuestas socialmente, al paso que ha visibilizado la manera en que sus experiencias identitarias se ven afectadas por aplicaciones normativas basadas exclusivamente en el sexo.

Dani García Pulgarín

28. Pone de presente sus argumentos para que « sea tomado en consideración dentro de las diligencias que desarrolla la Corte Constitucional, para dar interpretación, alcance y contenido a las normas fundamentales relativas a los derechos en cuestión». En su criterio la práctica de la requisa o registro personal en razón del «sexo» niega toda posibilidad al reconocimiento de la identidad y expresión de género, pues las autoridades policiales parten de sus propias valoraciones, basadas en la apariencia para hacerlas. Esto, a su juicio, vulnera aspectos relacionados con la dignidad humana de las personas con experiencia de vida trans, travestis y no-binaria, pues se ven expuestas a tratos humillantes y degradantes por parte de las autoridades militares y de policía. Por lo anterior, estimó que realizar la requisa fundada en la idea de sexo es una forma de incitación a la discriminación. En virtud de ello, estima que «lo más pertinente sería solicitar el consentimiento manifiesto de las personas, es decir, frente al desconocimiento que las autoridades policiales y militares suelen tener frente a la construcción que las personas hacemos de nuestras vidas».

Universidad Javeriana

29. La interviniente planteó argumentos similares a los antedichos para deprecar la exequibilidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que (i) el «género» sea el criterio empleado para la práctica del registro y (ii) se permita a la persona con identidad de género diversa elegir con cuál agente disponible se siente más cómoda para que se realice el procedimiento. De esta forma, además de evitar conductas discriminatorias, se busca equilibrar la efectividad de la actividad investigativa, con la protección de los derechos a la intimidad y dignidad de la persona que es sometida a ella, lo cual cobra especial relevancia en el contexto de sociedades plurales, como la colombiana, en la que se reconocen y protegen diversas formas de auto concebirse, más allá del sexo biológico.

30. En todo caso, tal medida no implica que la autoridad competente disponga de funcionarios «por cada una de las identidades sexuales o de género diversas», para garantizar que este aspecto siempre coincida entre quienes intervienen en la diligencia. Ello resultaría materialmente imposible, si se tiene en cuenta que lo que se busca es no etiquetar a nadie más allá de lo que su propia autoconcepción indique. De ahí la importancia de permitir que la persona escoja voluntariamente a quien se encargará de ejecutar el registro.

En la misma línea, no puede pasarse por alto la eventual intervención del juez de garantías, quien, de acuerdo con la Sentencia C-822 de 2005, podrá establecer ponderadamente las condiciones para desarrollar la actuación en caso de que el implicado se oponga.

Universidad de Antioquia

31. Solicitó esta institución declarar la constitucionalidad condicionada del aparte demandado. Además, resaltó que la disposición ya fue objeto de control en la Sentencia C-822 de 2005, en la que el apartado original “Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional” se declaró inexecutable, mientras que el resto del texto fue ajustado a la Constitución.

32. Tomando en consideración lo dicho en esa sentencia, indicó que el artículo debe ser declarado executable de manera condicionada, bajo el entendido de que las personas que no tengan una identidad binaria y deban ser registradas, podrán elegir qué «funcionario/a le practicará el registro, sin consideración a la identidad de género o sexual de dicho/a funcionario/a, pues esto solo le compete al/a la mismo/a, en virtud del mismo derecho a autodeterminarse».

Universidad Libre

33. Tras describir el procedimiento en estudio y reivindicar la importancia de ofrecer pleno reconocimiento y protección a las personas con identidad de género diversa, aplicó el test integrado de igualdad para concluir que la norma debe ser interpretada, no solo teniendo en cuenta el concepto de «género», sino priorizando el consentimiento y la comodidad de quien es sometido al registro, de manera que, en lugar de adoptar un enfoque rígido asociado al «sexo», se asuma la complejidad inherente a la condición humana para abordar sus diferentes expresiones con empatía y sensibilidad en todas las instancias de interacción social y jurídica, sin que ello implique sacrificar la finalidad legítima de obtener elementos materiales probatorios en materia penal.

34. Afirmó que podría señalarse que tal solución es problemática, en cuanto soslayaría la propia identidad de género del responsable de practicar la diligencia, al imponerle la preferencia de la persona y obligarle a inspeccionar el cuerpo y pertenencias de alguien a quien considera diferente en ese ámbito, pero que tal argumento resulta desvirtuado si se

tiene en cuenta que: (i) quien se somete a dicho procedimiento se encuentra en una especial posición de vulnerabilidad, no solo porque se está invadiendo en su órbita íntima, sino porque el agente estatal tiene la potestad de coaccionarle para que tolere el desarrollo de la actuación; (ii) al tener dominio sobre la persona requisada, la autoridad no puede anteponer sus propias percepciones para omitir el ejercicio de sus funciones, sino que debe actuar con imparcialidad, velando por el respeto de los derechos humanos y (iii) históricamente, las personas con identidades de género diversas han sido sometidas a discriminación, especialmente en los escenarios penales y policiales, lo que exige del Estado medidas afirmativas que incluyan la capacitación y sensibilización de sus agentes para que no perpetúen la marginalización de los grupos vulnerables, así como la implementación de protocolos flexibles que adapten el proceso de registro a las necesidades y experiencias de cada persona.

35. En ese contexto, señaló que también es necesario tomar en consideración que la Sentencia C-822 de 2005 no decantó una postura concreta sobre la incidencia lingüística de la expresión «sexo», como criterio sospechoso de discriminación. De ahí que resulte imperioso que en esta oportunidad se reconozca que, en el campo de las palabras, es donde comienza el reconocimiento de las experiencias y formas de vida que antes no tenían una categoría que las expresara adecuadamente. La transformación del lenguaje es, entonces, una herramienta crucial, tanto en la lucha contra la invisibilización de las identidades diversas, como en la prevención de la segregación y la violencia institucional contra ellas.

Universidad Santo Tomás de Bucaramanga

36. Siguiendo la misma línea de las anteriores intervenciones, solicitó la exequibilidad de la norma para que se entienda dicha expresión en un sentido amplio, en el que se incluya el respeto de las libertades fundamentales en el marco de la igualdad de los derechos humanos, de acuerdo con las dimensiones categóricas del género, fruto del proceso de transformación del «ethos socio cultural» y de los esquemas de representación y comportamiento diverso, que se estructura desde una decisión personal sobre el libre desarrollo de la personalidad . Ello permite, no solo superar el paradigma estrictamente biológico que da lugar a la discriminación, sino garantizar que la persona pueda construir, desarrollar y expresar su vivencia de manera libre y autónoma, así como reivindicar para sí la categoría social identitaria que mejor la represente.

37. Invocó la existencia de una omisión legislativa relativa, en tanto la norma demandada solo reguló la situación de las personas cisgénero, pese a que la Constitución le exige ampliar sus efectos a quienes no se conciben dentro de esa categoría. En ese contexto, la medida prevista en dicho precepto no supera el test estricto de igualdad, habida cuenta que: (i) se basa un criterio sospechoso de clasificación, como el sexo; (ii) es inadecuada para alcanzar la finalidad pretendida, pues no incluye dentro de su ámbito de aplicación a todos los sujetos cuyos derechos pueden ser afectados con la diligencia de registro; (iii) ubica en una situación de desprotección a un grupo poblacional históricamente discriminado, impidiendo su acceso en condiciones de igualdad al sistema procesal penal y (iv) priva a las personas de intervenir en la formación de los valores propios de una sociedad igualitaria y respetuosa de los derechos humanos. Por tanto, es imperioso condicionar su aplicación «en el entendido que el registro personal se hará con perspectivas de orientación sexual e identidad e igualdad de género» [sic].

VI. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

38. La procuradora general de la Nación se adhirió a los argumentos de los intervinientes que reclaman la exequibilidad condicionada de la palabra acusada. Explica que la jurisprudencia constitucional ha tenido una evolución según la cual el término «sexo» ha de entenderse como «género» para evitar exclusiones arbitrarias de sujetos con identidades diversas.

39. A pesar de dicha evolución, reconoce la importancia de realizar un control sobre el uso del término para evitar estereotipos contrarios al artículo 13 de la Constitución. Sin perjuicio de ello, indicó que, a su juicio, el término «sexo» tiene un sentido polisémico, es decir, no habría que expulsarlo del ordenamiento, sino simplemente «circunscribir el sentido o modo de utilización correcto del mismo», teniendo en cuenta que puede tener dos acepciones: (i) la relativa a características biológicas y psicológicas y (ii) la que refleja una decisión derivada de la vivencia interna de cada persona. Es este último entendimiento el que debe condicionar la aplicación del precepto acusado, para no hacer nugatorios los derechos a la igualdad y a la identidad de género de quienes no se conciben en el tradicional sistema binario hombre-mujer. En ese sentido, la el aparte demandado, habría de ser interpretado como una referencia al género de los sujetos.

VII. CONSIDERACIONES

Competencia

40. De conformidad con el artículo 241.4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para emitir sentencia en el presente asunto, comoquiera que la demanda se dirige contra un apartado contenido en una ley de la República.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

41. En el presente caso se estima necesario establecer, como una cuestión previa, la aptitud del cargo planteado en la demanda. Dicha verificación corresponde a un asunto que es objeto de pronunciamiento al inicio del proceso, en la etapa de admisión, y que está a cargo del despacho sustanciador, pero que también puede realizar la Sala Plena al momento de proferir fallo, ya sea porque uno de los intervinientes o la procuradora general de la Nación así lo hayan planteado, o bien sea de oficio.

42. En efecto, no son solo las intervenciones las que habilitan a la Corte Constitucional a pronunciarse respecto de la aptitud de la demanda, pues es la Sala Plena la que detenta en todos los casos esa atribución, en cuanto es precisamente la autoridad llamada a proferir el respectivo fallo, y porque la evaluación sobre la aptitud de la demanda está implícita en la competencia del juez constitucional para desarrollar el respectivo juicio (artículos 241 CP y Decreto 2067 de 1991) y, por tanto, para pronunciar un fallo de mérito o uno inhibitorio.

43. Lo anterior significa que el análisis inicial tiene un carácter provisional, porque carece de la exigencia y rigor deliberativos de aquel que pueda efectuar la Sala Plena. Ello quiere decir que, a pesar de que una demanda supere la fase de admisión, la Sala Plena puede analizar con mayor detenimiento y profundidad los cargos propuestos.

44. En reciente pronunciamiento sobre disposiciones demandadas del Código de Comercio, esta Sala señaló:

Para la Corte es preciso definir la aptitud del cargo propuesto contra los artículos 2000 y 2497 del Código Civil y 1033 y 1199 del Código de Comercio por violación de los artículos 1, 11, 46 y 49 de la Constitución Política. Lo anterior, teniendo en cuenta que la etapa de admisión «no compromete ni limita la competencia de la Sala Plena de la Corte, para analizar

la aptitud de la demanda, al conocer el proceso»

Adelante se indicó en la misma providencia:

Esta Corporación conserva, en efecto, la atribución para adelantar en la sentencia, una vez más, el respectivo análisis de procedibilidad. Está habilitada para determinar si hay lugar a decidir de mérito el asunto y en relación con cuáles disposiciones o fragmentos de las normas acusadas. En esta fase, además, la Sala cuenta “con el apoyo de mayores elementos de juicio, puesto que aparte del contenido de la demanda, también dispondrá de la apreciación de los distintos intervinientes y el concepto del Ministerio Público, quienes, de acuerdo con el régimen legal aplicable al proceso de inconstitucionalidad, participan en el debate una vez admitida la demanda

45. En el presente caso, aunque ninguno de los intervinientes aseveró explícitamente que se está ante una demanda inepta, lo cierto es que puede entenderse en forma implícita que así lo planteó la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al señalar que los demandantes se habían limitado a interpretar literalmente la norma acusada, sin tomar en consideración el condicionamiento de exequibilidad dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-822 de 2005. Anotó que dicho pronunciamiento judicial obligaba a los demandantes «a realizar una argumentación que involucrara dicha interpretación, y no la que ellos aisladamente quisieron otorgarle». La referida institución también afirmó que los actores parten «de una interpretación errada de la disposición demandada, porque entienden que el registro personal es una actividad correspondiente a la Policía, sin tomar en cuenta que el artículo 248 CPP regula el registro que se desarrolla en el ámbito de una investigación de carácter penal». De lo anterior se evidencia que dicho interviniente planteó una inquietud sobre la aptitud de la demanda.

46. Por otra parte, la Academia Colombiana de Jurisprudencia también advirtió que podría estarse ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional porque en el citado fallo C-822 de 2005, la Corte «analizó la constitucionalidad del acto de investigación de registro corporal a la luz de los derechos fundamentales a la dignidad humana y la intimidad, señalando la Corte concretamente, frente a las garantías a tenerse en cuenta, que la norma ordena: ‘En cuanto a las garantías, la disposición bajo estudio exige que quien realice el registro, sea del mismo género que el afectado con el registro...’ (negrilla y subrayado fuera de texto). En otras

palabras, la Corte desde el año 2005 no entiende la expresión sexo en un sentido restringido de características biológicas y físicas, sino bajo el concepto amplio del género». Al respecto, la Universidad de Antioquia indicó también que «la disposición ya fue objeto de control de constitucionalidad, concluyendo la Honorable Corte en Sentencia C-822-05 de 10 de agosto de 2005».

47. En consecuencia, dado que se genera una duda sobre la condición argumentativa del cargo que fue admitido, ello impide que, sin un previo análisis sobre el particular, se aborde un estudio de fondo de la demanda. Por tanto, la Sala Plena procederá a señalar cuáles son los parámetros o condiciones de aptitud de la demanda de inconstitucionalidad y, luego, analizará si en el presente asunto se satisfacen dichos presupuestos. De superarse tal condición, se procederá a verificar si existe cosa juzgada constitucional y, en caso de que no ocurra esta, se definirá el problema jurídico y, finalmente se señalará y aplicará la metodología para resolver materialmente el caso.

Condiciones para la aptitud sustantiva de la demanda

48. Según el artículo 40.6 CP, todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, pudiendo instaurar acciones públicas en defensa de la Constitución. Se trata de un mecanismo de naturaleza pública, esto es, abierto a todos los ciudadanos, lo que por tanto marca su carácter informal.

49. Lo anterior no implica que no sean exigibles unos requisitos mínimos para su adecuado ejercicio, por lo que el Decreto 2067 de 1991, por medio del cual se establece el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional, prevé en su artículo 2º que toda demanda de inconstitucionalidad debe contener: (i) el señalamiento de las disposiciones de la Constitución que se consideran infringidas; (ii) la indicación de las normas demandadas; (iii) la exposición de los argumentos por los cuales las normas atacadas son contrarias a la Constitución (concepto de la violación); y (iv) la razón por la cual la Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda.

50. Específicamente sobre el tercer requisito, esto es, el concepto de violación, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los reparos deben ser (i) claros, esto es, que sigan una estructura lógica que permita comprender el contenido del reproche y las justificaciones que lo sustentan; (ii) ciertos, en el sentido de que versen sobre una

proposición jurídica real y existente. Es decir que, los argumentos deben permitir captar en qué sentido existe una violación a la constitución, de manera entendible y lógica; (iii) específicos, en tanto, expongan de forma objetiva y verificable la contradicción entre el precepto acusado y el texto superior, siendo inadmisibles los argumentos vagos, indeterminados y abstractos, ya que la censura debe ser concreta en demostrar por qué el enunciado normativo reporta un problema de validez constitucional y la manera en que esas consecuencias son atribuibles; (iv) pertinentes, es decir, de naturaleza constitucional (no legal, subjetiva o doctrinaria). El cargo tampoco será pertinente si se basa en una situación hipotética; y (v) suficientes, de manera que presenten los elementos de juicio necesarios para generar duda sobre la constitucionalidad de la norma acusada. El cargo debe proporcionar razones, por lo menos básicas, que logren poner en entredicho la presunción de constitucionalidad de las leyes, derivada del principio democrático.

51. Dichas condiciones del «concepto de violación» son exigencias que tienen como propósito encuadrar en una necesaria racionalidad la controversia que se pretende plantear y aunque, como antes se señaló, la acción de inconstitucionalidad es pública y no está sometida a formalidades especiales, «quien la ejerce sí debe asumir una carga procesal mínima que le permita al órgano de control no solo activar su competencia, sino también, adelantar con diligencia la función que en ese campo le ha sido asignada». De lo contrario, el debate puede desviarse a aspectos que no corresponden a la naturaleza del juicio de constitucionalidad, bien porque suponen una valoración sobre la conveniencia u oportunidad, recaen sobre normas inexistentes porque derivan de apreciaciones meramente subjetivas o imaginarias sobre el alcance y contenido de las normas, o se plantean argumentos imprecisos, vagos o confusos que pueden afectar, diluir o distorsionar el debate jurídico.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

52. Se considera que la carga material de exponer las acusaciones bajo las mencionadas condiciones, se justifica en que el ejercicio del derecho político que comporta la acción pública de inconstitucionalidad implica también, como todo derecho, unas cargas o responsabilidades. Sobre todo si se tiene en cuenta que el uso de este poderoso instrumento, que de muy vieja data ha sido reconocido a los ciudadanos colombianos para la defensa de la supremacía de la Carta, se dirige a poner en tela de juicio la labor del legislador ordinario o extraordinario, o incluso del constituyente, con el fin de lograr un pronunciamiento definitivo, con fuerza de cosa juzgada y con efectos erga omnes, es decir, que el ejercicio de ese derecho político involucra o impacta el principio de representación democrática. Además,

desde otra perspectiva, dichas exigencias también buscan garantizar un escenario en el que la demanda “permita orientar la participación y el debate ciudadano”.

53. Ahora bien, el análisis que de tales presupuestos haga este tribunal, debe realizarse conforme al principio pro actione, esto es, bajo un entendimiento que no anule el derecho político a ejercer la acción pública de inconstitucionalidad. No obstante, la utilización de este no habilita a esta corporación «para corregir o aclarar equívocos, aspectos confusos o ambigüedades que surjan de las demandas». En ese sentido, no es posible para esta Corte asumir el papel de los accionantes en la formulación de los cargos ni determinar por sí misma el concepto de la violación. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que está fuera del ámbito de las atribuciones de esta corporación transformar o reconducir lo argüido por el demandante “hasta lograr estructurar un cargo dotado de la suficiente idoneidad para provocar un pronunciamiento de fondo”.

54. En efecto, al evaluar la idoneidad de los cargos de inconstitucionalidad es necesario tomar en consideración que a la Corte Constitucional le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, «en los estrictos y precisos términos» del artículo 241 CP y, según este precepto, la corporación debe decidir sobre las demandas ciudadanas (numerales 1, 4 y 5 ibidem), lo que quiere decir que, en el caso de las acciones públicas, esta corporación no está habilitada para ejercer un control oficioso sobre normas en relación con las cuales no se presente una acusación en debida forma.

55. De acuerdo con los anteriores parámetros, procede la Sala Plena a constatar si en el caso concreto se cumplen las condiciones de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia respecto del concepto de violación (artículo 2 del Decreto 2067 de 1991), que den lugar a activar el control abstracto de constitucionalidad.

Caso concreto

56. La Corte Constitucional considera que en el presente asunto el cargo único de inconstitucionalidad cumple con los presupuestos de claridad y pertinencia, pero no con los de certeza, especificidad y suficiencia, como pasa a explicarse.

57. El cargo cumple con el supuesto de claridad. Se reprocha que la expresión acusada desconoce el derecho a la identidad de género de las personas que son sometidas a registros

personales, pues las categoriza únicamente con fundamento en características físicas asociadas al sexo, sin tomar en consideración los diversos factores contextuales que confluyen en la manera en que se perciben, más allá de lo fisiológico. Dicho planteamiento tiene una estructura lógica que permite comprender el contenido del reproche, a partir de la consideración sobre la dignidad.

58. Por otra parte, se estima que el cargo es pertinente, dado que, aun cuando los demandantes incorporan argumentos sociológicos, en todo caso exponen un reproche de naturaleza constitucional, mediante el cotejo de la expresión censurada con normas superiores y respecto del entendimiento de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos alegados.

59. No obstante, la Sala Plena advierte que el cargo de inconstitucionalidad no cumple con las condiciones de certeza, especificidad y suficiencia. En efecto, aun cuando en el auto admisorio se señaló que la acusación «se basa en la apreciación literal del precepto refutado y recae en una proposición jurídica real y existente, que se desprende directamente del mismo», y por ello se consideró que la demanda era «cierta», la Sala Plena se aparta de dicho criterio por las razones que se explican a continuación.

60. La Corte Constitucional considera que no se cumple con el presupuesto de certeza en el concepto de violación, pues los demandantes no tomaron en cuenta el contenido actualizado y completo de la norma en que se inserta la expresión acusada, ni el alcance de dicha disposición. En efecto, según la demanda, la expresión sexo «se basa en un estereotipo que anula la autonomía del ser humano, al asociarlo a ‘nociones de determinismo biológico’ que afectan su honra y socavan la construcción de su plan de vida sin discriminación», pero esta afirmación cae en el vacío porque los actores la predicen de un contenido normativo que no existe, como pasa a explicarse.

61. En la Sentencia C-822 de 2005, la Corte se pronunció, entre otros preceptos, sobre la misma disposición que hoy es parcialmente demandada, esto es, el artículo 248 de la Ley 906 de 2004. El problema jurídico analizado en esa oportunidad frente al citado artículo fue el siguiente: ¿resulta contrario a los derechos a la dignidad humana (Art. 1, CP), a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art.12, CP), a la intimidad (Art.15, CP), a la presunción de inocencia, (Art.29, CP), a no autoincriminarse (Art.33, CP), el que el Fiscal

o su delegado ordene el registro de una persona relacionada con la investigación, en las condiciones y con los requisitos previstos en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004?

62. La Corte estableció que el registro personal persigue fines legítimos y constitucionalmente importantes, expresamente consagrados en la Carta Política, en particular, la persecución del delito y el aseguramiento de los medios materiales probatorios y de la evidencia física, en aras de asegurar una pronta y cumplida justicia. Además, señaló que dicho procedimiento es necesario e idóneo porque permite recuperar elementos materiales probatorios y evidencia física adheridos a la superficie corporal o escondidos en la indumentaria, u ocultos en enseres portados por la persona afectada por el registro, o ubicados en el área inmediata bajo control físico de la persona, cuando no existe otro medio a través del cual se puedan recabar tales elementos. Asimismo, sobre el alcance de la medida, la citada sentencia indicó que, «[e]n cuanto a las garantías, la disposición bajo estudio exige que quien realice el registro, sea del mismo género que el afectado con el registro» (se resalta).

63. Con todo, esta corporación señaló en el referido fallo que, en ciertos escenarios, tal medida puede resultar injustificada. Por ejemplo, cuando recae sobre el cuerpo desnudo de la persona o involucra el tocamiento de zonas erógenas, y lo único que se busca investigar es un delito de poca envergadura. Es decir, la carga impuesta al individuo puede resultar excesiva, al sopesar la gravedad del hecho delictivo, el bien jurídico tutelado, los derechos de las víctimas, el valor probatorio de la evidencia material buscada, la relación de la persona con la investigación, las partes del cuerpo registradas, la mecánica misma del registro y la diferencia de género entre la persona que realice el registro y el registrado. En últimas, «[a] mayor sea la incidencia de la medida, mayor importancia deben tener los bienes jurídicos tutelados y mayor impacto deberá tener el no realizar la inspección corporal para los derechos de las víctimas».

64. Como todas estas circunstancias deben analizarse caso a caso, la Corte declaró exequible el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, «por los cargos analizados», en el entendido que:

a) [S]alvo el registro incidental a la captura, el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la

medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;

b) el juez de control de garantías también definirá las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar en el evento de que la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica.

65. Así mismo, declaró inexecutable la expresión «sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, y...». La Corte sustentó esta decisión en que los referidos procedimientos preventivos «no forman parte de las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública».

66. Analizado lo anterior, se evidencia que el alcance que los accionantes otorgan a la expresión impugnada no corresponde al que objetivamente tiene, ya que aquella debe ser interpretada en el respectivo contexto normativo, esto es, tomando en consideración apartes no acusados del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, así como, especialmente, el condicionamiento que sobre esa misma disposición hizo la Corte Constitucional en la Sentencia C-822 de 2005 y que se integra normativamente a ella, por lo cual esta no puede ser leída sin considerar ese alcance. Además, debe tomarse en cuenta que el aparte normativo del artículo 248 referente al registro preventivo a cargo de la fuerza pública ya no está vigente, porque fue declarado inexecutable en el mismo fallo, lo que fue desatendido por los accionantes.

67. En efecto, no puede pasarse por alto al estudiar el alcance del cargo en esta actuación que el referido artículo 248, en su segundo inciso, establece que al practicar el registro «(...) se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana».

68. Sobre el particular, al analizar el impacto de la medida sobre la dignidad humana, la Corte Constitucional señaló en la sentencia aludida que «el mecanismo de intervención debe efectuarse respetando los principios que las rigen, a la luz de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, según los cuales las personas responsables de practicar el registro corporal deben hacerlo en condiciones de seguridad, higiene,

confiabilidad y humanidad para la persona que debe ser registrada».

69. Además, como se indicó antes, el condicionamiento de la Sentencia C-822 de 2005 dispone que: (i) el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, y (ii) que el juez de control de garantías también definirá las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar en el evento de que la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica.

70. Así pues, la palabra «sexo», objeto de acusación, fue interpretada de manera aislada en la demanda, sin considerar que los apartes normativos que se acaban de mencionar determinan su sentido y alcance respecto de la disposición en que se encuentra inserta. En particular, no puede desconocerse el condicionamiento que la Corte Constitucional dispuso sobre el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 y que se incorporó materialmente al contenido normativo del precepto objeto de control abstracto de constitucionalidad, pues el pronunciamiento del juez constitucional modificó e integró el precepto dentro del cual se ubica la expresión objeto de juicio, y, en consecuencia, la disposición legal no puede ser interpretada ni aplicada sin dicho elemento normativo. Y tampoco es posible que el alcance de la norma censurada se defina tomando en consideración un apartado que fue expulsado del ordenamiento por contrariar la Carta, mediante sentencia de inexequibilidad.

71. En este caso, encuentra la Sala que el sentido atribuido por los demandantes a la expresión y su contexto no es plausible, ni se deriva con certeza del contenido normativo en que se ubica, porque la demanda se orientó a considerar el alcance regulatorio previsto originalmente por el legislador, sin tener en cuenta que dicho contenido normativo posteriormente fue declarado inexecutable en forma parcial y complementado por esta Corte mediante condicionamiento de exequibilidad, con el fin de ajustarlo a los preceptos superiores.

72. Se reitera pues que los referidos ajustes normativos no fueron tenidos en consideración por los demandantes, por lo que los argumentos en que se basa la censura carecen de certeza. En efecto, la demanda al explicar el procedimiento de registro, asumió que este es de carácter preventivo y que está a cargo de la Policía Nacional, sin reparar en que ese apartado del artículo 248 está excluido del ordenamiento jurídico como consecuencia de la Sentencia C-822 de 2005.

73. Por otra parte, los accionantes omitieron explicar por qué se desconoce la identidad de género en la diligencia de registro en el marco de la investigación judicial que, según lo dispone la norma, debe desarrollarse con el respeto a la dignidad humana de quien se somete a tal procedimiento. En su argumentación, dejan de lado que la persona sujeta a registro puede negarse a la práctica del procedimiento, reservándose al juez la definición sobre las condiciones de la diligencia, para que esta se practique en forma obligatoria y definitiva.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

75. En efecto, en la sentencia en comento, la Sala al analizar el alcance del artículo del Código de Procedimiento Penal, también estudió las circunstancias a las cuales se refiere esa norma, su finalidad, las personas sobre las que recae el registro, los requisitos materiales y formales para realizarlo y las garantías que deben respetarse. En el análisis de las circunstancias, como puede verse en el FJ 5.3.1 y ss., se precisa que lo regulado en la disposición sub examine es lo relativo a los registros realizados en el marco de procesos penales, a partir de una decisión del correspondiente fiscal, siguiendo el plan metodológico de la investigación, y, desde luego, con autorización judicial. La demanda que ahora es objeto de examen, no considera que aquel sea el ámbito de la norma y, por el contrario, asume que el registro es una «una medida preventiva implementada por la Policía Nacional para resguardar el orden público». La anterior comprensión de la norma demandada, que se hace prescindiendo de la Sentencia C-822 de 2005, implica que la demanda no tenga en cuenta que al estar de por medio una autorización u orden judicial, impartida por el juez de control de garantías, existe una providencia judicial que se refiere a las condiciones para la realización del registro y a la persona sobre la que este recae (que solo puede ser una persona relacionada con el proceso). Por tanto, lejos de tratarse de una actuación arbitraria o inopinada, que puede realizarse de cualquier modo, el registro está acotado por una serie de pautas que, unidas al sentido y alcance que esta Corte determinó sobre el artículo 248 del CPP, hacen que la lectura que propone la demanda no corresponda al contenido normativo objetivo de dicho precepto.

76. Esta falta de certeza es la que permite comprender el empeño de los demandantes por cuestionar el procedimiento de registro, que estos entienden a cargo de la Policía Nacional, en el marco de una actividad preventiva, pues este escenario es ajeno a la realidad objetiva

de la norma y solo corresponde a la particular inteligencia que de ella, de manera subjetiva e injustificada, se hace en la demanda.

77. De manera que al formular la demanda no se tuvo en cuenta que con la intervención específica de la autoridad judicial que autoriza el procedimiento, la cual debe actuar dentro del marco axiológico normativo definido por el legislador y precisado por el juez constitucional, bajo estándares de proporcionalidad y razonabilidad, se habrá de ponderar en cada caso las circunstancias en pro del respeto, entre otros, de la identidad de género de la persona sometida a la diligencia de registro corporal. Esta consideración no fue objeto de análisis al ejercer la acción, por lo cual se evidencia la ineptitud del cargo por carecer de certeza.

78. La demanda también carece de especificidad. En el auto admisorio en aplicación del principio pro actione, y dado que la acusación y sus explicaciones se enfocaban en la palabra «sexo» y que los accionantes señalaron expresamente que dirigían su ataque contra el inciso segundo del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, el despacho sustanciador consideró que la demanda reunía las condiciones necesarias para activar el juicio de constitucionalidad. No obstante, encuentra la Sala Plena que cuando los demandantes se refieren en particular al alcance del registro personal, aluden únicamente al realizado por la Policía Nacional de manera preventiva -hipótesis contemplada en el texto de la norma original, pero que desapareció por efecto de su declaratoria de inexecutable.

79. Al respecto, es importante señalar que el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, en su texto original, se refería a tres figuras (i) el registro realizado en desarrollo de procedimientos preventivos, a cargo de la fuerza pública y en cumplimiento de su función constitucional; (ii) el registro incidental a la captura y (iii) el registro personal que se efectúa para recuperar evidencia física con fines de investigación penal.

80. La primera figura (el registro que realiza la fuerza pública, de carácter preventivo), como se advirtió, fue declarada inexecutable mediante la Sentencia C-822 de 2005, por tanto, desapareció del mundo jurídico.

81. El registro incidental de captura tiene como finalidad asegurar la eficacia misma de la captura y evitar la destrucción o el ocultamiento de elementos materiales probatorios o evidencia física que se encuentren en posesión de la persona capturada. «Comprende, por lo

tanto, la revisión superficial del individuo, de la indumentaria que porta, y de objetos bajo control físico de la persona capturada, como un bolso, como quiera que por su cercanía física éstos pueden ser usados para ocultar armas o evidencia física».

82. La tercera modalidad, que es la propiamente regulada en el citado artículo 248, se refiere al registro de quien es sujeto de investigación, o de un tercero relacionado con la actuación penal.

83. Pues bien, los demandantes, aunque hacen un esfuerzo por explicar por qué el criterio basado en el sexo en relación con los registros personales, genera un trato discriminatorio y atentatorio de derechos, cuando se detienen en la explicación de cómo entienden el procedimiento, aluden a una hipótesis que ya no está prevista en la norma, esto es, la del registro preventivo a cargo de la fuerza pública, pero guardan silencio sobre el registro personal para recuperar evidencia física con fines de investigación penal, cuyo desarrollo se da en el ámbito judicial, con las garantías que esto comporta.

84. De manera que, más allá de las deficiencias de la demanda en términos de certeza del cargo, lo antes descrito también involucra una falencia frente al presupuesto de especificidad, porque no se logra identificar una oposición objetiva entre la disposición acusada y la Constitución. Ello porque los esfuerzos argumentativos se concentran en el debate por aplicar el concepto de sexo respecto de la dignidad y la identidad de género, y se quedan sin justificar ni demostrar cómo o de qué manera la expresión acusada viola la Constitución frente a un procedimiento que se surte en el ámbito de la investigación penal. Así las cosas, los reproches resultan siendo vagos, abstractos e imprecisos en el ámbito normativo.

85. En realidad lo propuesto en la acusación para establecer la incompatibilidad entre la norma demandada y la Constitución carece de sustento, pues según ello en el artículo 248 del CPP se prevé un registro preventivo, cuestión que, como ya se explicó, no corresponde al contenido actual de la norma demandada. En efecto, lo que se pretende decir es que dicha norma es incompatible con la Constitución por lo que ella no dice, lo cual, desde luego, no puede ser aceptable de cara a demostrar la incompatibilidad constitucional que se predica.

86. En efecto, los actores entienden equivocadamente que la norma acusada contempla «una medida preventiva implementada por la Policía Nacional con la finalidad de preservar el

orden público», y citan apartes de la Sentencia C-789 de 2006, en los que se alude a «un procedimiento para prevenir la comisión de una conducta punible o contraria a la convivencia», para lo cual «la policía necesita contar con una actitud de colaboración ciudadana frente a su práctica, como expresión del deber constitucional de respeto y apoyo a las autoridades democráticas (art. 95 Const.)», y con el fin de lograr dicho propósito, los demandantes aseveran que «se debe propender por la comodidad de sobre (sic) quienes recaiga esta práctica, teniendo en cuenta los límites constitucionales establecidos para dicha (sic), esto, en el entendido de que si quien es objeto del registro personal posee una identidad de género diversa de la impuesta socialmente, va a preferir que el funcionario con su misma identidad o de la cual se sienta más cómodo sea quien lleve a cabo el registro, sin menoscabar el respeto a la autoridad y demás límites integrados».

87. Cabe resaltar que los apartes de la Sentencia C-789 de 2006 que citan los accionantes, se refieren al análisis del artículo 208 de la Ley 906 de 2004, relativo a «la actividad de policía administrativa, desde la óptica de los procedimientos preventivos». Todo ello reafirma aún más que la argumentación que se expone en la demanda sobre el sentido y alcance de la norma acusada conduce a construir una hipótesis particular de lo que significa la expresión sexo, que prescinde del contexto en el cual se usa. Ese empeño por caracterizar lo que la demanda entiende por sexo y, por ende, las pretendidas exclusiones que de dicho entendimiento se siguen, no muestran de qué modo la norma demandada es contraria al ordenamiento superior.

88. Por otra parte, según los demandantes, la norma al utilizar la expresión “sexo” otorga un trato discriminatorio a las personas que no se identifican con las categorías de femenino y masculino, en función de las características biológicas de los seres humanos, por lo cual se reprocha que de esta manera se desconoce la identidad de género. Al respecto es pertinente anotar, como lo resaltó la Academia Colombiana de Jurisprudencia, que esta Corte en la Sentencia C-822 de 2005 señaló que una de las garantías del procedimiento «exige que quien realice el registro, sea del mismo género que el afectado con el registro» (se resalta).

89. La Sala considera que los accionantes omitieron señalar por qué las citadas expresiones del aludido fallo no satisfacen la alegada falencia de la norma. Ese ejercicio argumentativo corresponde a una carga de quienes demandan y no a esta corporación, pues la Corte no puede suplir las omisiones u olvidos de la demanda para construir adecuadamente un cargo

de inconstitucionalidad. Ello implicaría desnaturalizar la acción pública que es eminentemente rogada y que se dirige a desvirtuar una fuente del derecho (en este caso, una ley de la República).

90. Además, y por las razones anteriormente expresadas, la demanda tampoco cumplió con el supuesto de suficiencia, pues no consiguió despertar una duda mínima sobre la inconstitucionalidad de la expresión demandada, ya que el cargo se fundó en una apreciación literal y aislada que pierde de vista la lectura actual y sistemática de la misma, en el ámbito de la disposición en la cual se inserta.

91. En conclusión, debido a que la demanda carece de aptitud sustantiva para suscitar un pronunciamiento de fondo, por falta de certeza, especificidad y suficiencia, la Sala Plena proferirá fallo inhibitorio.

92. Finalmente, es importante advertir que la decisión inhibitoria no hace tránsito a cosa juzgada, ni restringe el derecho de acción de los ciudadanos, de manera que, si así lo estiman pertinente, pueden presentar una nueva demanda, ajustándose a las exigencias de los artículos 40.6 y 241 de la Carta Política, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 2067 de 1991 y en la jurisprudencia constitucional.

VIII. DECISIÓN

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

RESUELVE

ÚNICO.- Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 248 (parcial) de la Ley 906 de 2004, presentada por los ciudadanos Paulina Morales Ospina, Juliana Sepúlveda Londoño, Francisco Esteban Aristizábal Ibarbo y Valentina Rivera Rivera, por las razones expuestas en esta providencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Presidente

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General