

C-356-19

Sentencia C-356/19

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

CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Requisitos

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

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

Referencia: Expediente D-12802

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, “[p]or la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”

Demandante: Sonia Marleny Osorio Botero

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá D.C., seis (6) de agosto de 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 siguiente,

SENTENCIA

I. Antecedentes

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241,

numeral 4 de la Constitución Política, la ciudadana Sonia Marleny Osorio Botero demandó el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, “[p]or la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”.

2. Mediante Auto del 3 de agosto de 2018[1], el Despacho ponente admitió la demanda y suspendió los términos del proceso, según lo dispuesto en el numeral segundo del Auto 305 de 2017 proferido por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Asimismo ordenó, una vez reiniciados los términos, (i) correr traslado al Procurador General de la Nación; (ii) fijar en lista el proceso para garantizar la oportunidad de la intervención ciudadana; (iii) comunicar el inicio del trámite al Presidente de la República y al Presidente del Congreso de la República, según lo previsto en el artículo 244 de la Constitución Política; a los titulares de las carteras del Interior, de Justicia y del Derecho, y de Defensa; y, al Director de la Policía Nacional, para los efectos establecidos en la disposición ya citada y en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991; e, (iv) invitar a participar, en atención a lo establecido en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, a las facultades de Derecho de las universidades Javeriana, de Ibagué, del Rosario, Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Nacional, Libre, de los Andes y Externado de Colombia; a la Defensoría del Pueblo; y, a Colombia Diversa, Temblores ONG, Dejusticia, Women’s Link Worldwide, la Mesa por la Salud y la Vida de las Mujeres y al Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo.

3. Mediante Auto 019 del 30 de enero de 2019[2], la Sala Plena de esta Corporación levantó la referida suspensión de términos. Finalmente, es de advertir que las ciudadanas Ana Lucía Rodríguez Mora y Angie Daniela Yepes García solicitaron acumular la presente demanda al trámite con radicado D-12897, dentro del cual se profirió la Sentencia C-220 de 2019[3], petición que se negó por no cumplirse las condiciones para el efecto[4].

Por lo anterior, una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. Norma demandada

4. A continuación se transcribe la norma demandada y se subraya el aparte objeto de cuestionamiento por la accionante:

“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:

...

TÍTULO II.

DE LA SITUACIÓN MILITAR.

CAPÍTULO I.

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO.

...

ARTÍCULO 12. CAUSALES DE EXONERACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. Están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en los siguientes casos:

- a) El hijo único, hombre o mujer;
- b) El huérfano de padre o madre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento;
- c) El hijo de padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, cuando estos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia, siempre que dicho hijo vele por ellos;

- e) Los hijos de oficiales, suboficiales, soldados e infantes de Marina profesionales, agentes, nivel ejecutivo y de la Fuerza Pública que hayan fallecido, o que los organismos y autoridades médico-laborales militar o de policía hayan declarado su invalidez, en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo, a menos que, siendo aptos, voluntariamente quieran prestarlo;
- f) Los clérigos y religiosos de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes. Asimismo, los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias dedicados permanentemente a su culto;
- g) Los casados que hagan vida conyugal;
- h) Quienes acrediten la existencia de unión marital de hecho legalmente declarada;
- i) Las personas en situación de discapacidad física, psíquica, o sensorial permanente;
- j) Los indígenas que acrediten su integridad cultural, social y económica a través de certificación expedida por el Ministerio del Interior;
- k) Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil;
- l) Las víctimas del conflicto armado que se encuentren inscritas en el Registro Único de Víctimas (RUV);
- m) Los ciudadanos incluidos en el programa de protección a víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación;
- n) Los ciudadanos objetores de conciencia;
- o) Los ciudadanos desmovilizados, previa acreditación de la Agencia Colombiana para la Reintegración;
- p) El padre de familia.

PARÁGRAFO 1o. Los ciudadanos adelantarán el trámite de reconocimiento de su objeción de conciencia, a través de la comisión interdisciplinaria creada para tal fin.

PARÁGRAFO 2o. Las personas que se encuentren en una causal de exoneración podrán prestar el servicio militar cuando así lo decidan voluntaria y autónomamente.”

III. La demanda

5. La demandante considera que el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 lesiona los artículos 1, 13, 16 y 21 de la Constitución Política; 1, 2 y 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y, 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la cual solicita declarar su inconstitucionalidad o, en subsidio, proferir una decisión condicionada, “en el entendido de que sus preceptos también cobijan a las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento.”

6. La ciudadana promotora de la acción, como cargo único, considera que la no inclusión de las mujeres que cambian su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento, como parte de la excepción prevista en el enunciado demandado, configura una omisión legislativa relativa, pues el Congreso de la República no tuvo en cuenta este supuesto en la regulación general del servicio de reclutamiento. Esta omisión, agrega, somete al hombre transgénero a una indeterminación que afecta intensamente su derecho a la identidad; quebranta bienes como el acceso a un trabajo, a la educación y a la participación en política[5], y permite tratos discriminatorios por parte de las autoridades militares[6].

6.1. Argumenta que el principio de la dignidad humana, entendido como la autonomía para determinarse y definir los cursos de la propia vida, se integra de manera especial con los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad individual, amparando de manera indudable, en los planos privado y público, el hecho de que cada ser humano decida sobre su identidad de género y orientación sexual, bajo sus propias experiencias y convicciones, así como sobre la manera en la que éstas categorías constitucionales se complementan e interactúan. Al respecto, concluyó que:

“... la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad dan contenido y

alcance a la autodeterminación de la identidad de género como parte esencial e indisoluble a la personalidad, por lo cual la persona no puede ser perseguida señalada o discriminada en razón a su identidad de género.”[7]

Entre los mandatos que derivan de la conjunción de los referidos principios, se incluye el respeto de todos por las opciones construidas desde el fuero interno por cada individuo y, por lo tanto, la garantía de que la identidad de género y orientación sexual no se constituyan en referente de discriminación, para lo cual, por ejemplo, son posibles la estipulación o exclusión de ciertas consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento.

6.2. En atención al alcance del servicio militar obligatorio para hombres y de los efectos en los derechos fundamentales de quienes deben prestarlo, en los términos a los que ha hecho referencia la Corte Constitucional, el hombre transgénero no debe ser sometido al régimen regulado en las leyes 48 de 1993 y 1861 de 2017, pues esto concretaría un trato inconstitucional por razón de la identidad de género. Esto, en la medida en que hace parte de una comunidad históricamente discriminada, sujeto de reproche y, por lo tanto, vulnerable, que, por la omisión invocada, está siendo sometida a situaciones que desconocen los derechos reconocidos en disposiciones internas y en instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

6.3. En las anteriores condiciones, en consideración a la comprensión del término “varón” por la Corte Constitucional en la Sentencia C-511 de 1994[8], “las personas transgeneristas no deben ser obligadas a prestar el servicio militar y tampoco deben ser declaradas como ‘no aptas’ en razón de su opción de género diversa, por el contrario debe abrirse la posibilidad para que presten el servicio militar de forma voluntaria y digna cuando así lo decidan.[9]” En opinión de la demandante, el hombre transgénero no debe (i) estar sujeto al deber -obligación- de prestar servicio militar, pues se desconoce su identidad personal; ni (ii) tramitar libreta militar, porque, además de que esto solo se exige a los “varones”, se le aplicaría el pago por compensación y estaría sometido a los supuestos de multas, pese a que pertenece a una población discriminada históricamente. El hombre transgénero, agregó, (iii) tampoco debe ser expuesto a exámenes de aptitud, dado que su descalificación se da por el hecho de haber decidido transitar de mujer a hombre y eso configura un “trato humillante [que] deriva de su identidad sexual.”

7. Luego de hacer referencia a la construcción constitucional sobre las omisiones legislativas relativas[10], la ciudadana Osorio Botero afirma que la omisión planteada: (i) se predica del enunciado normativo previsto en el literal k), artículo 12, de la Ley 1861; (ii) se funda en la exclusión de un caso que era asimilable, dado que regula la categoría transgénero solo respecto de las mujeres, y no de los hombres transgénero, pese a que son sujetos que deben recibir un trato igual; (iii) no está amparada en un principio de razón suficiente, pues, contrario a lo que exigen los mandatos del principio de igualdad[11], a la omisión subyace un criterio sospechoso[12] y no es constitucionalmente válida, “[n]o se vislumbra la existencia de razones de orden superior de las cuales se colija la necesidad de limitar y excluir de las causales del artículo 12 de la ley 1861 del 2017 a las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento; tampoco hay una exposición de razones objetivas, suficientes, claras y concretas que demuestren que con la exclusión... se busque la protección de bienes jurídicos de mayor valía.”

(iv) La exclusión del grupo de hombres transgénero genera una desigualdad negativa fundada en una categoría sospechosa, el sexo, en el escenario específico del servicio de reclutamiento, control de reservas y movilización. La diferenciación que realiza el enunciado demandado concreta una lesión al mandato de la igualdad de trato, pues regula de manera diferente situaciones que deben recibir una misma respuesta normativa.

La solicitante considera que la disposición demandada no supera un test estricto integrado de igualdad. Advierte que la intensidad propuesta se debe a que media una categoría sospechosa y a que se refiere a una población vulnerable sujeto de especial protección. Agrega que:

- El fin de la Ley 1861 es reglamentar el servicio de reclutamiento, dada la afectación que tal deber implica para quienes deben prestarlo, armonizando los intereses de la sociedad y del individuo. Bajo este marco, sin embargo, la necesidad de proteger a poblaciones vulnerables también debe ser un fin legítimo en el Estado Social de Derecho y, por lo tanto, en este asunto, ante la afectación de derechos como la dignidad, la integridad y la honra, se impone exonerar a los hombres transgénero del servicio militar obligatorio.

- Aunque al artículo 12 subyace una finalidad proteccionista, su materialización

fue insuficiente dado que no incluyó a las mujeres colombianas que cambian su componente femenino por el masculino en el registro civil de nacimiento, dejando por fuera una parte de la población transgénero, “[e]n ese sentido, el medio escogido, es decir, la ley 1861 del 2017 en su artículo 12, no es adecuado ni conducente para brindar una regulación y protección integral a la población Transgénero ... ya que al ser una regulación infra exclusiva, no conduce a la protección de la totalidad de los individuos pertenecientes a este grupo en estado de vulnerabilidad.” En conclusión, advierte, el artículo 12 de la Ley 1861 no es un medio adecuado y conducente para proteger a todos los integrantes de la población transgénero.

· La distinción entre mujeres transgénero y hombres transgénero, además, quebranta el principio de igualdad, dado que no existen razones que justifiquen la exclusión de estos últimos del enunciado cuestionado. Ahora bien, en razón a que no existe norma en el ordenamiento jurídico que regule su estatus frente a la obligación de prestar servicio militar obligatorio, era necesaria su inclusión en el artículo 12 ya citado. La regulación objeto de reparo, en consecuencia, desconoce la efectividad de los derechos y del trato en condiciones de igualdad de los hombres transgénero, sin que tal sacrificio se vea compensado con beneficio alguno a su favor. En conclusión, el enunciado normativo cuestionado no supera el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

(v) Por último, la accionante afirma que con la omisión se desconoce un deber específico impuesto por el Constituyente, consistente en “proteger por igual a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción”, que tiene por fundamento los artículos 1, 13, 16 y 26 de la Constitución Política y disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Así, destaca que, según lo previsto en los artículos 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado debe proteger a todas las personas, y el Legislador tiene un rol protagónico al momento de cumplir con su misión en aras de la efectividad de los derechos, por virtud, además, del principio de pacta sunt servanda.

IV. Síntesis de las intervenciones

Intervenciones de entidades públicas

8. La Defensoría del Pueblo, a través de la Delegada para los Asuntos Constitucionales y

Legales, solicita que se declare exequible el literal demandado del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 y se ordene al Ministerio de Defensa y al Comando de las Fuerzas Armadas que diseñen y pongan en práctica un mecanismo para la definición de la situación militar de los hombres transgénero. Del mismo modo, que se inste a los ministerios de Defensa y del Interior, al Comando General de las Fuerzas Armadas y al Congreso de la República para que cumplan la Sentencia T-099 de 2015.

Para Defensoría del Pueblo “los demandantes parten de una premisa falsa que conduce a una conclusión igualmente equivocada sobre el cargo de omisión legislativa relativa propuesto, sin desestimar que en virtud del derecho a la igualdad, urge dar un trato diferente a los hombres trans en relación con la definición de la situación militar, de acuerdo con sus particularidades”. En tal sentido, agrega que la exoneración del servicio militar de las mujeres transgénero no obedece a su pertenencia a la población trans, sino a que su situación es equiparable a la de las mujeres cisgénero.

Adicionalmente, menciona sentencias proferidas por esta Corte relacionadas con el derecho a la igualdad y la población trans[13] como antecedentes para realizar el test por omisión legislativa relativa. Al respecto, insiste que si bien las mujeres trans y los hombres trans se asemejan en que son sujetos que se identifican y auto reconocen con un sexo que no corresponde con el asignado biológicamente, esto no significa que deban estar llamados a recibir el mismo trato frente a la definición de la situación militar. En esa medida, concluye que no se cumple con el segundo paso de la omisión legislativa relativa en tanto, a su juicio, la norma no excluye casos que sean asimilables.

9. La Nación – Ministerio de Defensa Nacional[14] solicita declarar la exequibilidad del literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017. Previa referencia al deber de prestar servicio militar obligatorio en el marco constitucional, desde la anterior Carta Política, y de destacar que tal configuración se ha fundado en la existencia de una sujeción solo respecto de los hombres mayores de edad, estima que la referencia en el artículo 11 ibídem al término “varón” no es problemática, por el contrario, tal término es el que mejor describe el género. Afirma que la Corte Constitucional[15] ha precisado que, por tal motivo, el hombre transgénero debe definir su situación militar, quien debe adelantar el trámite regulado a partir del artículo 17 ibídem, “sin tener que discernir entre el hombre o el hombre transgénero, precisamente porque sería inconstitucional.”

A continuación, el Ministerio expone los argumentos por los cuales, en su concepto, la demanda es inepta y, por lo tanto, la Corte debería inhibirse de proferir una decisión de fondo; también aborda la razón por la cual no debe entenderse lesivo de derecho alguno el trámite para la expedición de la libreta militar. Tales consideraciones, sin embargo, se refieren a la demanda invocada contra el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, cuya decisión se concretó en la Sentencia C-220 de 2019[16].

Por último, advierte que la disposición demandada no distingue entre hombres, cisgénero o trans, en razón del derecho a la identidad de género y a la libertad sexual, y que, según lo informado por la Dirección de Reclutamiento, el procedimiento para cumplir con el deber de definir la situación militar es imparcial y respetuoso, por lo cual, no se requiere proferir otro protocolo enfocado a la población trans. Agrega que “desde el año 2013 a la fecha han definido la situación militar [de] ocho (8) ciudadanos con dicha condición, sin que hayan presentado situaciones que vulneren sus derechos... consideramos que el cargo es especulativo y carece de investigación, veracidad y claridad respecto al proceso de definición de la situación militar y el hecho de que no todos los hombres transgénero se acerquen a los Distritos Militares a definir su situación militar, no quiere decir, que no se realice o que se niegue la expedición del documento.”

Intervenciones de organizaciones y/o instituciones privadas[17]

10. La Universidad de Ibagué, a través del Decano de la Facultad de Derecho[18], coadyuva las pretensiones de la demanda. Afirma que, pese a que la ley y la jurisprudencia reconocen algunos derechos sin un fundamento binario, contradictoriamente la identificación sí sigue regulándose por la pareja mujer/hombre. Inscritos en este código, lo que se extraña de la regulación del literal k) es el reconocimiento de la intersexualidad, de tal manera que se adopten programas que permitan que esta población participe y apoye la consecución de los fines estatales.

Aunque podría aseverarse, continúa, que quienes construyen una identidad de género masculina deben asumir las posiciones exigidas a los hombres[19], lo cierto es que, en su opinión, debe reconocerse un tercer sexo para el caso de las personas transgénero, por lo cual, “el problema de la norma demandada es más que una omisión. Desconoce [que] cuando una mujer se transforma en hombre su situación no es igual a la de quienes se han

reconocido como tales desde el nacimiento y por lo tanto obligarlos al servicio militar constituye una violación, a las obligaciones del Estado, de proteger a las personas de todo acto de discriminación. En este caso creemos que el literal k citado, como lo señala la demanda es constitucional pero omitió decidir en igualdad la situación de las mujeres que cambian de sexo, para exonerarlas del servicio obligatorio.”

11. Las organizaciones Hombres en Desorden, Ayllu Familias Transmasculinas, Red Distrital de Hombres Trans, Fundación Grupo GAAT y la Redada Miscelánea Cultural solicitan a la Corte evidenciar lo que ha significado el vacío jurídico existente frente a la prestación del servicio militar obligatorio y la obtención de la libreta militar para hombres transgénero, aunado a la ausencia de un protocolo para la obtención de dicho documento, en condiciones dignas, respetuosas y diferenciadas. En primer término, en su concepto, los hombres transgénero al igual que el resto de los varones colombianos tienen la obligación de definir su situación militar de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017.

Para presentar sus conclusiones refieren que realizaron una encuesta a 117 “historias de vida de Hombres Trans de toda Colombia, donde sobresalen los municipios de Bogotá, Medellín Cali, Barranquilla, Cúcuta, Bucaramanga, Pasto, Manizales, Pereira, Pitalito, Soacha, Chía y Bello, que respondían 9 preguntas referidas a la corrección del componente de sexo en el documento de identidad, trámites realizados para la obtención de la Libreta Militar, y derechos vulnerados percibidos tanto en el procedimiento como por la ausencia del documento.”[20]

Luego, los intervinientes presentan testimonios de hombres transgénero que ponen de presente eventos de discriminación por la ausencia de definición de su situación militar, en ámbitos educativos, de prestación del servicio de salud y de movilización en el espacio público; eventos que se presentan porque ante requerimientos por exhibir su libreta militar se ven obligados a exponer su intimidad, afectándose de esta manera sus derechos fundamentales. Igualmente expresan temor quienes siendo hombres transgénero no han cambiado su componente de sexo en el documento de identidad y pueden ser objeto de acusaciones penales por falsedad en documento.

En segundo lugar, señalan que los hombres transgénero cuentan con unas condiciones especiales de exoneración para la prestación del servicio militar obligatorio, que deben

analizarse bajo las causales previstas en el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017. En tal sentido, recuerdan que: “[c]omo lo advirtió la Sentencia T-099 de 2015 es absolutamente necesario que se establezca un protocolo para la adquisición de la libreta militar de las personas trans en Colombia. Ya han pasado más de tres años desde que la Corte Constitucional exhortara al Ministerio de Defensa y al Comando General de las Fuerzas Armadas la regulación del reclutamiento de personas trans y la formación en el respeto y reconocimiento y protección de las identidades de género no normativas a los funcionarios del Estado involucrados en este proceso. A la fecha no existe tal claridad en [el] procedimiento a seguir y esto ha profundizado la discriminación y [las] vulneraciones para las personas transmasculinas”[21].

En tercer término, que en razón a su exoneración los hombres transgénero podrán prestar el servicio militar de forma voluntaria según lo dispone el parágrafo 2 del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017.

12. El Grupo de Acciones Públicas (GAP)[22] de la Universidad del Rosario solicitó declarar la inexequibilidad del literal demandado, y subsidiariamente, la inhibición de la Corte para proferir una sentencia de fondo.

La intervención realiza precisiones conceptuales sobre el género y el servicio militar obligatorio de los hombres, las mujeres y las mujeres transgénero a partir de la jurisprudencia constitucional. Posteriormente, efectúa un juicio de igualdad para demostrar que la norma viola mandatos constitucionales, pero por razones distintas a las mencionadas en la demanda. En tal sentido, concluye que se presenta un trato discriminatorio porque mientras las mujeres cisgénero están excluidas de prestar el servicio militar obligatorio, las mujeres transgénero están exoneradas. Lo anterior implica, en su criterio, que las mujeres transgénero se ven obligadas a tramitar una libreta militar de segunda clase dada su condición de exoneradas y no de excluidas a diferencia de las mujeres cisgénero.[23] Lo anterior, en su concepto, evidencia que el Legislador desconoció lo ordenado en la Sentencia T-099 de 2015.

Por último, sostiene que la Corte debe inhibirse porque la demanda no cumple con los requisitos de claridad, suficiencia y especificidad. En cuanto a la claridad, advierte que la accionante menciona una serie de normas constitucionales e instrumentos internacionales

sin desarrollar o justificar su violación. Frente al requisito de suficiencia señala que la demandante no explica el cuarto requisito de la omisión legislativa relativa, esto es, por qué la exclusión genera una desigualdad negativa. En lo relacionado con la especificidad considera que no hay argumentos relacionados con la vulneración de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la honra o la igualdad de forma concreta.

13. El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional[24] de la Universidad Libre solicitó declarar la inexecutable del literal acusado, “bajo el entendido que la no inclusión de las mujeres que hayan modificado su sexo al masculino, es decir, hombres transgénero, genera una afectación directa al derecho a la igualdad de los mismos como miembros pertenecientes a una población históricamente discriminada.”.

En la intervención se hace referencia a la jurisprudencia constitucional[25], interamericana[26] y europea[27] relacionada con la protección de la población trans. En ese ámbito se precisa: “resulta evidente que independientemente de que se trate de hombres o mujeres transgénero, la situación de vulnerabilidad se predica de toda la comunidad y que en un escenario de servicio militar se agrava, teniendo en cuenta que en dicho espacio las concepciones del género binario, así como del sistema patriarcal, están vigentes, por lo cual, tanto mujeres como hombres transgénero se verían sometidas a un escenario discriminatorio”.

Finalmente, aplican un test de igualdad estricto a la medida para concluir que existe un trato discriminatorio pues no existe un fin imperioso que justifique el tratamiento diferenciado dado a los hombres transgénero en relación con las mujeres transgénero y su obligación de prestar el servicio militar.

14. La ONG Temblores[28] coadyuva la pretensión de executable condicionada de los demandantes en tanto comparten la configuración de una omisión legislativa relativa. No obstante, su propuesta está encaminada a que la interpretación constitucional que se realice de la causal de exoneración mencione la categoría “personas de género diverso”.

En la intervención se presenta un contexto sobre la discriminación de la población trans a través de informes, la jurisprudencia constitucional[29] y extractos de entrevistas realizadas a hombres transgénero. Adicionan que el lenguaje empleado por el literal acusado es irrespetuoso de la identidad de género porque denomina “varones” a las mujeres

transgénero e insinúa que la exoneración tiene lugar por el cambio en un documento oficial y no por su reconocimiento como mujeres. En su concepto el lenguaje en términos de género es binario cuando la realidad demuestra que existen más de dos géneros, más que lo femenino y lo masculino.

Adicionalmente, destacan que “[l]a causal de exoneración deja en situación de vulnerabilidad e incertidumbre frente [a] su situación de servicio militar a las siguientes personas: personas de género no binario, personas con expresión de género masculina cuyo componente en la cédula sea F, mujeres trans que no hayan cambiado su componente de sexo en el registro civil y personas con el componente M en la cédula que no se reconozcan como hombres (...) La causal no cubre a las personas de género diverso y las expone a un proceso discriminatorio en el que serán declarada[o]s como ‘no apta[o]s’ para prestar un servicio al Estado por su identidad de género. ”

15. La Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo -CCAJAR[30]- solicitó a la Corte declarar la exequibilidad condicionada del literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, bajo el entendido que también incluye a la población de hombres trans, “quienes tienen que definir su situación militar como reservistas de segunda clase, y no para las mujeres trans, pues como lo ha comprendido esta Corporación el tratamiento de ellas no dista respecto de las mujeres cisgénero, por lo que no tienen en ningún caso obligación de definir su situación militar”.

La intervención plantea la necesidad, de una parte, de hacer una integración normativa con el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017[31], y de otra, de realizar una lectura de la norma bajo la perspectiva de que el servicio militar no debería ser obligatorio para todo varón ni para los hombres trans, teniendo en cuenta que debe reevaluarse el tamaño de la fuerza pública, su función en un escenario de paz y la creación de un servicio civil alternativo al servicio militar.

Finalmente, concluye que la norma no supera el test de igualdad, bajo el análisis de un tratamiento igual a desiguales mientras se “perpetúa una situación de discriminación a la[s] que tradicionalmente tanto hombres como mujeres trans han sido sometidos, y que de acuerdo al criterio de “categorías sospechosas” ha hecho que la población trans sea sujeto[a] de especial protección constitucional.”

16. El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, Colombia Diversa, y la Fundación Grupo de Acción y Apoyo para Personas Trans – GAAT[32] intervinieron conjuntamente para solicitar que la Corte declare, previa integración normativa del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, (i) la exequibilidad condicionada del artículo citado, en el entendido de que “los hombres transgénero, en virtud de la igualdad material, hacen parte de los sujetos exonerados del servicio militar obligatorio; y, (ii) la inexecutable del literal k) ídem, por desconocer los derechos a la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad e igualdad.

· Con fundamento en la jurisprudencia constitucional[33], consideran que el enunciado demandado se encuentra intrínsecamente relacionado con todo el artículo 12 de la Ley 1861, por lo cual, debe integrarse al estudio de constitucionalidad. El argumento de la demanda se dirige a cuestionar la manera como se regula en general la prestación del servicio militar obligatorio para las personas trans, estudio que solo se logra efectuando una comparación con los demás eventos de exoneración estimados por el Legislador, con el objeto de determinar el fundamento de la regulación y los motivos particulares de vulnerabilidad que subyacen, y de asegurar la coherencia lógica y sistemática del orden constitucional. En conclusión, “la violación que se predica del literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 del principio constitucional de igualdad, no es posible analizarla si no se tiene en cuenta todo el artículo, ya que, del grupo de personas que esta norma describe, es que se deduce el trato discriminatorio contra la población transgénero.”

· El artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 hace parte de la regulación general sobre el servicio militar obligatorio, en el marco de la cual, como uno de los supuestos de clasificación -o excepciones a su efectiva prestación[34]-, el Legislador previó dieciséis supuestos de exoneración; que, en todo caso, no eximen a su destinatario del deber de definir la situación militar a través de la obtención de la libreta respectiva, previo el pago de una cuota de compensación[35]. Bajo esta comprensión, el artículo 12 extiende sus efectos tanto a los hombres transgénero, por no incluirlos en las exoneraciones, como a las mujeres transgénero, dado que en el literal k) las incluye y, por tanto, bajo unas condiciones determinadas las obliga a definir la situación militar.

· La situación frente a los hombres transgénero, continúan, afecta su derecho a la igualdad, en conexidad con los derechos a la dignidad, libre desarrollo de la

personalidad, intimidad y trabajo. (i) Se lesiona la igualdad material al aplicar la misma regla general de los hombres cisgénero, la prestación efectiva del servicio militar, a los hombres transgénero, pese a que la Fuerza Pública es un lugar hipermasculinizado, que no les brinda un escenario de acceso con dignidad y plena garantía de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. La obligación de definir la situación militar por esta vía, además, ha generado que muchos integrantes de esta población prefieran no acceder a la libreta y, por tanto, se exponen a la lesión de otros bienes fundamentales de los que son titulares. (ii) El Legislador desconoció la dignidad de los hombres transgénero -como valor, principio y derecho, y en su expresión de vivir sin ser sometido a humillaciones- por no tomar una medida diferencial a su favor[36], por razón de la identidad de género[37]. (iii) Dado que la garantía de la identidad de género exige el reconocimiento por la sociedad de la construcción que cada persona hace de sí misma, las barreras para la obtención de la libreta militar, y sus implicaciones -v. Gr.- en materia laboral y educativa- inciden en que esta población decida en muchas ocasiones no efectuar los cambios en el documento de identidad y, con ello, se materialice la lesión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. (iv) La no definición de la situación militar determina, además, que en muchos contextos los hombres transgénero se vean obligados a visibilizar su identidad[38] y, con ello, a que se concrete la lesión de su derecho a la intimidad. (v) Sin la definición de la situación militar, no se protege el derecho al trabajo, dado que la libreta es un requisito para acceder o mantenerse en determinados empleos y, en consecuencia, se concreta una restricción de los espacios laborales formales y satisfactoriamente remunerados[39].

De esta manera, se configura una omisión legislativa relativa[40] (a) que se predica del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, (b) por excluir de sus consecuencias jurídicas un supuesto que, por ser asimilable a los demás eventos regulados, debe ser tratado de la misma manera. Con fundamento en los antecedentes legislativos, indican las organizaciones intervinientes que la nueva regulación[41] tuvo por objeto ajustar el ordenamiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y fortalecer el enfoque de derechos en este escenario. Un análisis del primer aspecto[42], afirman, permite concluir que tras la configuración de las causales de exoneración se encuentran motivos relacionados con circunstancias especiales de indefensión y vulnerabilidad, que son predicables de los hombres transgénero, por constituir una minoría constitucionalmente protegida, histórica y sistemáticamente discriminada, que pueden “sufrir de algún peligro o riesgo durante la prestación del servicio militar”. (c) La exclusión en estudio, según el

análisis de los antecedentes legislativos, no cuenta con un principio de razón suficiente. Al respecto, precisan, del trámite de la Ley 1861 de 2017 en el Congreso de la República se concluye que, pese a haber hecho parte del proyecto de Ley en cinco de los seis debates, la no inclusión de los hombres trans entre las exoneraciones fue la consecuencia de una decisión de última hora, desconocedora de la jurisprudencia constitucional y fundada en prejuicios hacia un grupo minoritario, a partir de una concepción binaria que, según se afirmó en el seno del último debate, debía oponerse a “introducir una categoría que corresponde a la ideología de género”. (d) En los anteriores términos, se genera una desigualdad negativa entre el grupo de hombres trans y los hombres -cisgénero-, pues la Ley no tiene en cuenta la discriminación a la que están expuestos los primeros[43], profundizando la vulnerabilidad al establecer un requisito que para definir su situación militar es desproporcionado. (e) Por último, al desarrollar el mandato previsto en el artículo 216 de la Constitución Política[44], el Legislador desconoció el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados (artículo 13 Superior), así como aquellos para garantizar la dignidad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad de los hombres transgénero.

De otro lado, el Literal k) del artículo 12 prevé la exoneración para las mujeres transgénero que, además, hayan modificado su componente de género en documentos oficiales. En tales términos, el enunciado genera un retroceso en materia de protección constitucional, en la medida en que: (i) incluye a este grupo entre los sujetos exonerados, pese a que solo se exonera a quien está obligado y, por tanto, como mujeres trans su trato debe ser equivalente al de las mujeres cisgénero; y, (ii) desconoce la identidad de las mujeres trans que no hayan consignado su modificación de género en el registro civil, antes de estar inscritas en las oficinas de Reclutamiento o que no lo hayan nunca[45], exigiéndole a estas últimas una definición militar que, al final, partirá de su consideración como hombres y las hará portadoras de un documento que solo es exigible a estos últimos. Así, la regulación referida lesiona los derechos fundamentales a la dignidad humana, en su faceta de identidad de género, libre desarrollo de la personalidad e igualdad.

Desconoce la dignidad, porque no reconoce la identidad de género de las mujeres transgénero, al equipararlas a la población de hombres que deben definir su situación militar. Tras esta regulación existe una concepción esencialista -binaria-, evidente en la propia literalidad del enunciado al incluir el término “varones”, que, además, sujeta a que

se haya modificado un documento oficial, pese a que la protección de la identidad parte del reconocimiento del carácter interno y auto percibido de la persona[46]. Vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues la identidad de género es uno de los atributos esenciales a través de los que la persona exterioriza su soberanía y autogobierno y, por lo tanto, no son válidas las disposiciones que “modelen la relación del individuo consigo mismo”. El enunciado demandado, entonces, obliga a las mujeres transgénero a definir su situación militar y las condena a exhibir un documento que se reserva para los varones; y, además, sujeta el reconocimiento de su identidad a un trámite, sancionando a las mujeres que no lo adelantan.[47]

Por último, desconoce el derecho a la igualdad. Al respecto, las organizaciones intervinientes proponen un test estricto e integrado de igualdad a partir de dos grupos comparables: de un lado, las mujeres transgénero que -por vía judicial o notarial[48]- cambiaron su componente de género en el registro civil antes de la inscripción en la Organización de Reclutamiento y Movilización del Ejército Nacional y, del otro, las mujeres transgénero que realizaron dicho cambio con posterioridad al momento indicado o no lo hicieron nunca. En el primer caso, se les reconoce su condición de mujeres, en el segundo no. El criterio de distinción es discriminatorio por dos motivos: (i) porque la identidad de género no depende de un aspecto formal, su inscripción en el registro civil es solo un elemento probatorio; y, (ii) porque, solo las mujeres transgénero mayores de 18 años tienen a su disposición un trámite notarial de modificación del género en el registro, mientras que las menores de edad deben acudir a un proceso judicial que, además de ser demorado, exige acreditar que se sufre de una patología, conocida como “disforia de género”, lo que constituye un trato humillante, e impone una carga burocrática y desproporcionada -que no deben soportar las personas cisgénero- para ejercer sus más elementales derechos.

Intervención ciudadana

17. El ciudadano David Enrique Amorocho Daza solicitó a la Corte declarar la exequibilidad condicionada del literal acusado en los términos de la demanda, por omisión legislativa relativa, porque existe un trato desigual injustificado entre las mujeres transgénero y los hombres transgénero.

El interviniente señala distintas sentencias de este Tribunal para encuadrar el debate

respecto a la protección a la población transgénero[49]. Enfatiza en que la demanda cumple con los requisitos de claridad, certeza, pertinencia, suficiencia y especificidad para ser analizada de fondo, así como las cinco condiciones para que se estructure una omisión legislativa relativa. En el análisis de estas últimas establece que: “(...) a la comunidad transgénero hombre se le debe exonerar de prestar el servicio militar en virtud de que, en el contexto colombiano han sido un grupo de personas que históricamente han sido sometidas a un ciclo de violencias, familiares, escolares e institucionales en su contra; lo cual le da al Estado colombiano un especial deber de protección y garantía de los derechos de esta población. Por ello, este debe propender por eliminar cualquier disposición que tenga la potencialidad de generar o perpetuar, de una u otra manera, el ciclo de violencia y marginalización en contra de la comunidad transgénero hombre, como es el hecho de negar el beneficio de estar exonerados de prestar el servicio militar cuando este mismo le ha sido otorgado a las mujeres trans.”

V. Concepto de Procurador General de la Nación

18. El Procurador General de la Nación, mediante el Concepto 6547 del 26 de marzo de 2019, solicitó a la Corte Constitucional declararse inhibida, “toda vez que no se configuran los elementos de la omisión legislativa relativa alegada.”

Luego de referirse brevemente a los requisitos de procedencia de una demanda de acción pública de inconstitucionalidad, afirmó que no se cumple el requisito de suficiencia, pues: “(...) no se encuentra un argumento válido según el cual la presunta falencia sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador, ni se demuestra que la norma cuestionada excluya de sus consecuencias jurídicas casos que son asimilables y que el accionante simplemente usa como fundamento para solicitar que la exoneración de prestar servicio militar obligatorio concedida a las mujeres transgénero, se extienda a los hombres transgénero.”

En su criterio, “la demandante parte de una premisa errada”, porque supone “que todas las personas que hacen parte de la comunidad transgénero ‘deberían ser sujetos de un trato igual’ (...) bajo la lógica de igualdad de derechos contenida en los artículos 13, 16 y 21 constitucionales y en los tratados internacionales que se integran al texto constitucional.” No obstante, para el Ministerio Público ello no es así. Sobre el particular explicó que: “(...) la

mujer transgénero está exonerada de prestar el servicio militar obligatorio no por el hecho de pertenecer a la comunidad transgénero, sino por el hecho de ser mujer y así merecer un trato diferencial en atención a su condición anatómica, biológica, de sustento de familia y maternidad que tradicionalmente asume, razón que justifica su ubicación en el acápite de servicio militar obligatorio.”

VI. Consideraciones de la Corte Constitucional

Competencia de la Corte

19. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 214.4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues el literal k) del artículo 2 de la Ley 1861 de 2018, tiene estatus de Ley de la República.

Presentación del caso, problema jurídico y esquema de decisión

20. La Corporación estudia la demanda presentada por la ciudadana Sonia Marleny Osorio Botero contra el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, “[p]or la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”, por estimar que el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al no incluir dentro de los grupos exonerados de la prestación del servicio militar obligatorio el integrado por los hombres transgénero que realizan el ajuste respectivo al componente de sexo en el registro civil de nacimiento, lesionando, en su consideración, lo dispuesto en los artículos 1, 13, 16 y 21 de la Constitución Política y otras disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por lo anterior, solicitó declarar la inconstitucionalidad del enunciado demandado o, en subsidio, la constitucionalidad condicionada, “en el entendido de que sus preceptos también cobijan a las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento.” (apartados 5 a 7, supra).

21. Algunos intervinientes solicitan la inhibición de la Corte Constitucional, aunque las razones no son del todo coincidentes. La Universidad del Rosario advierte que la demanda no cumple con los requisitos de claridad, suficiencia y especificidad. Aduce en su

exposición que la accionante no evidencia por qué se configura una desigualdad negativa en la regulación -y presunta omisión- del Legislador (apartado 12, supra). El Ministerio Público argumenta que el escrito no cumple con el requisito de suficiencia, en tanto la promotora de la acción no justifica la configuración de dos de los elementos para estructurar la omisión legislativa relativa; de una parte, que la presunta falencia de incluir a los hombres transgénero sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al Legislador; y, de otra, que los casos de las mujeres y de los hombres transgénero sean asimilables (apartado 18, supra). La Defensoría del Pueblo comparte esta aproximación, en tanto considera que no se cumple con el segundo paso de la omisión legislativa relativa porque la norma no excluye casos que sean asimilables (apartado 8, supra). Finalmente, la Nación - Ministerio de Defensa también solicitó la inhibición de la Corte, pero su argumentación está relacionada con la inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017 (apartado 9, supra).

22. Las organizaciones Dejusticia, Colombia Diversa y Fundación GATT, que intervinieron conjuntamente, y el Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” solicitan a esta Corporación realizar una integración normativa. Para el primer grupo de intervinientes es necesario incorporar al análisis el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 en su integridad (apartado 16, supra), y para el Colectivo de Abogados debe integrarse el artículo 11 ibídem (apartado 15, supra).

23. En cuanto al fondo del asunto, la Universidad de Ibagué, la Coalición de Organizaciones Transmasculinas, la ONG Temblores, el ciudadano David Enrique Amorocho Daza y el Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” coadyuvan la solicitud de exequibilidad condicionada para que los hombres transgénero sean exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, con distintos matices. En similar sentido, Dejusticia, Colombia Diversa y la Fundación GATT piden la declaratoria de exequibilidad condicionada, pero de todo el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 para incluir a los hombres transgénero como destinatarios de la exoneración para prestar el servicio militar obligatorio.

Adicionalmente, la Coalición de Organizaciones Transmasculinas[50]; Dejusticia, Colombia Diversa y la Fundación GATT; la Universidad del Rosario, y el Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” consideran que el literal acusado debe ser declarado inexecutable, en tanto las mujeres transgénero no están obligadas a definir su situación militar; o, debe ser

declarado condicionalmente exequible, bajo el entendido que únicamente puede ser aplicado a los hombres transgénero. En contraste, el Ministerio de Defensa Nacional y la Defensoría del Pueblo pretenden que la Corte Constitucional realice un pronunciamiento de exequibilidad del aparte censurado.

Finalmente, la Universidad Libre realizó una solicitud de inexequibilidad condicionada por discriminación de los hombres transgénero.

24. En el marco antes referido, la Sala deberá analizar como cuestiones preliminares dos aspectos: (i) la aptitud sustantiva de la demanda, ante la solicitud de inhibición propuesta por la Universidad del Rosario, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Defensa Nacional y la Procuraduría General de la Nación; y, (ii) la integración normativa solicitada por Dejusticia, Colombia Diversa y la Fundación GATT, y el Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, esto último solamente en caso de que se evidencie la existencia de por lo menos un cargo de inconstitucionalidad que conceda competencia a la Corporación para realizar un pronunciamiento de fondo. Para resolver sobre estos dos elementos iniciales, la Sala se referirá primero a la ubicación dentro del ordenamiento jurídico del enunciado demandado.

25. Superado lo anterior, el problema jurídico que debe resolverse consiste en establecer si el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa al no considerar como uno de los grupos de hombres excluidos de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio el conformado por los hombres transgénero, pese a constituir una población históricamente discriminada por razón de su identidad de género y sujeto de especial protección.

Cuestión preliminar

1. Ubicación del literal k), artículo 12, de la Ley 1861 de 2017

26. El literal k) del artículo 12 regula uno (1) de los dieciséis (16) supuestos de exoneración del servicio militar obligatorio; hace parte del Título II, “[d]e la situación militar”, Capítulo I, “[s]ervicio militar obligatorio” de la Ley 1861 de 2017, “[p]or la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”; y, se inscribe, según lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 216 Superior, en el deber constitucional que se

predica de todos los colombianos de tomar las armas cuando las necesidades lo exijan, con el objeto de defender la independencia nacional y las instituciones públicas; y, en el mandato dirigido por la Constitución al Legislador de determinar “las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.”

A partir de esta contextualización inicial, para comprender el sentido y alcance de la exoneración prevista en el literal k) la Sala acudirá, de manera principal, a la comprensión integral del régimen de reclutamiento previsto en la Ley 1861 de 2017 y a los antecedentes legislativos que dan cuenta de la discusión y aprobación de la referida normativa. En esta línea, se encuentra lo siguiente.

27. Todos los hombres -varones- colombianos, de los 18 a los 50 años de edad, están obligados a definir su situación militar[51]. La satisfacción de este deber se verifica a través de diferentes vías y genera la expedición de uno de dos documentos[52]: (i) tarjeta de reservista de primera clase o (ii) tarjeta de reservista de segunda clase. La primera se obtiene, básicamente, con la prestación efectiva del servicio militar obligatorio[53]; deber que vincula, en condiciones ordinarias, a todos los hombres, a partir de los 18 años de edad y hasta “faltando un día” para llegar a los 24 años de edad[54]. También se reconoce a quienes hayan aprobado las fases de instrucción en los establecimientos educativos con orientación militar o policial. El segundo documento, la tarjeta de reservista de segunda clase, se adquiere en aquellos eventos en los que el servicio no se presta de manera efectiva dado que, por ejemplo, se configura una causal de exoneración o se verifica la no aptitud psicofísica[55].

27.1. El inicio de la definición de la situación militar está marcado por el trámite de inscripción ante la Organización de Reclutamiento y Movilización[56]. Este acto debe adelantarse por cada uno de los vinculados a este deber, esto es, los varones; para lo cual el Estado garantiza la difusión de la información relevante, especialmente, a través de las instituciones educativas[57]. Pero, adicionalmente y en el marco del principio de colaboración entre las entidades públicas, la Registraduría Nacional del Servicio Civil cumple una labor importante, dado que cada año[58] remite información a dicha Organización

sobre los colombianos que cumplen 18 años en la vigencia siguiente. El artículo 65 establece, además, que:

“Información para fines de reclutamiento. La Registraduría Nacional del Estado Civil suministrará a la Dirección de Reclutamiento del Ejército, un registro semestral de los ciudadanos que alcancen la mayoría de edad, para fines de la definición de la situación militar y el control de las reservas...”

A partir la inscripción, se pueden presentar diversas circunstancias que inciden en el curso de acción a seguir, esto es, la prestación efectiva del servicio y, en consecuencia, la concentración e incorporación[59]; o, la clasificación, que implica la improcedencia de la incorporación por configurarse, entre otros eventos[60], una causal de exoneración. En este caso, en principio, la continuación de la definición de la situación militar se da a través del pago de una cuota de compensación militar; de este pago también pueden exonerarse algunos obligados, en los términos del párrafo del artículo 26 de la Ley 1861 de 2017.

27.2. Ahora bien, la no definición de la situación militar tiene implicaciones sancionatorias ante la Organización de Reclutamiento y Movilización, derivadas por ejemplo de la consideración del ciudadano como remiso[61], y consecuencias en otros ámbitos, como el ejercicio del derecho al trabajo. Así, el artículo 42 ibídem establece que la definición de la situación militar debe ser acreditada para ejercer cargos públicos, trabajar en el sector privado y celebrar contratos de prestación de servicios como persona natural con entidades de derecho público. Este requisito, sin embargo, no puede ser exigido para el ingreso al empleo, advirtiéndose que, a partir de la vinculación, las personas declaradas no aptas, exentas o que superaron su edad máxima de incorporación, deben solucionar la situación en un término de 18 meses.

27.3. Las mujeres colombianas, por su parte, no tienen la obligación de definir su situación militar[62], y, según el párrafo del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017, el criterio que impera para prestar el servicio militar, en condiciones de normalidad, es la voluntariedad, convirtiéndose en un deber solo “cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine”. En este último caso, empero, no se activa una especie de obligación para definir la situación militar, dado que el llamado es directa y exclusivamente a la prestación del servicio militar.

28. En este marco regulatorio, el Legislador consideró como causal de exoneración el siguiente supuesto:

“Causales de exoneración del servicio militar obligatorio.

Están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en los siguientes casos:

(...)

k) Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil

(...)”.

29. Desde la presentación de los dos proyectos de ley que, posteriormente, se acumularon y dieron lugar a la expedición de la Ley 1861 de 2017[63], quedó clara la necesidad de ajustar el servicio de reclutamiento y, en concreto, las causales de exoneración, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con un enfoque garante de los derechos fundamentales[64]. También debe destacarse que, pese a haber sufrido modificaciones desde la presentación de la ponencia positiva para primer debate ante la Comisión Segunda Constitucional Permanente de la Cámara, la actual redacción del literal k) demandado obedece a la propuesta del Ministerio de Defensa Nacional en su Proyecto de Ley:

Proyecto de Ley 101 de 2015 Cámara - Iniciativa Parlamentaria

Proyecto de Ley 154 de 2015 Cámara - Iniciativa de la Rama Ejecutiva,
Ministerio de Defensa

Informe ponencia positiva para primer debate en la Cámara[65]

Artículo 32. Exenciones en tiempo de paz. // d) Los ciudadanos que cambien su
componente de sexo en el registro civil de nacimiento

Artículo 12. Causales de exoneración. // k) Los varones colombianos que después de su
inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro
civil.

Artículo 12. Causales de exoneración del servicio militar obligatorio. // k) Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil. Las mujeres colombianas que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo femenino en su registro civil.

29.1. En el informe de ponencia para el primer debate, los representantes a la Cámara designados advirtieron que “[s]e modificaron e incluyeron causales de exoneración del servicio militar obligatorio, para ajustar la norma a los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional.”[66] Aprobado en los anteriores términos en dicha instancia, en el segundo debate ante la Plenaria de la Cámara de Representantes se propusieron dos modificaciones importantes para el análisis de la causal estudiada: (i) modificar el párrafo del artículo 4º, que hasta ese momento indicaba “[l]a mujer colombiana podrá prestar el servicio militar de manera voluntaria...”, así “[l]a mujer colombiana y los valores (sic) y las mujeres transgénero colombianas, podrán prestar el servicio militar obligatorio de manera voluntaria...”; y, (ii) eliminar el literal k) del artículo 12[67]. La Plenaria acogió, con una modificación en la redacción, la primera propuesta, pero no la segunda, por lo que en segundo debate ante la Cámara de Representantes los textos finales fueron los siguientes:

“Artículo 4º. Servicio Militar Obligatorio.

...

Parágrafo 1º. La mujer y los ciudadanos transgénero podrán prestar el servicio militar de manera voluntaria y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine, y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta ley.

...” Negrilla fuera de texto.

“Artículo 12. Causales de exoneración del servicio militar obligatorio. Están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en los siguientes casos:

(...)

k) Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil. Las mujeres colombianas que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo femenino en su registro civil.

(...)”.

29.2. Ante la Plenaria del Senado de la República, en cuarto debate, el articulado referido fue modificado de manera relevante, variación que, luego de ser acogida en el trámite de conciliación[68], se convirtió en Ley de la República. Esta reforma consistió en eliminar la expresión “y los ciudadanos transgénero” del párrafo del artículo 4º, y el enunciado “[l]as mujeres colombianas que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo femenino en su registro civil” del literal k) del artículo 12, con lo cual se volvió a la literalidad de las disposiciones que en este preciso aspecto fueron propuestas por el Ministerio de Defensa en el Proyecto de Ley número 154 de 2015 Cámara.

La propuesta surgió de la Senadora Vivian Morales, quien, en síntesis, afirmó que: (i) legislativamente no se ha hablado de personas transgénero, esto es, de una tercera categoría, por lo cual, el hombre transgénero debe asumir las mismas obligaciones -no solo derechos- de los hombres cisgénero; y, en consecuencia, (ii) solicita que se acoja la propuesta presentada en su Proyecto inicial (154 de 2015 Cámara) por el Ministerio de Defensa. Para la Senadora, además, el reconocimiento de la identidad de género depende de un asunto de registro. A continuación, se transcriben algunos elementos importantes de la intervención de la citada Congresista:

“...quiero llamar la atención a esta Plenaria porque, es la primera vez a nivel de la legislación, que se está incluyendo una tercera categoría. La Constitución Colombiana habla de hombre y mujer, independientemente de la identidad o de la orientación sexual, habla de la condición de hombre y mujer reconocida por su sexo biológico para derivar una serie de obligaciones y de derechos. // ... esa definición de ciudadano transgénero no existe. ¿A qué se refiere? ¿Cuándo se es ciudadano transgénero? cuando se cambia una casilla en el registro civil o simplemente por la adecuación psicológica que hace la persona. Creo que introducir esa expresión de ciudadano transgénero en el estatuto de reclutamiento,

introduce una categoría que no tiene una definición clara, a la cual no se le pueden asignar las obligaciones y responsabilidades claras de la condición biológica de ser hombre y mujer.

En segundo lugar, es que de la condición de hombre y mujer se derivan claramente derechos y responsabilidades...

Pero, además, aquí se les están dando unas consecuencias contradictorias a la condición del reconocimiento de la condición de transgénero. Si se reconoce que el varón ha cambiado su condición sexual en su registro civil para reconocerse como mujer, se excluye del servicio militar, yo me pregunto ¿por qué a la mujer que se le reconozca como hombre y según esta ley, no tiene que prestar servicio militar? Entonces ¿la condición de ciudadano transgénero es para adquirir todos los derechos y ninguna responsabilidad?

Dicha intervención fue respondida por el Senador Luis Fernando Velasco Chaves y la Senadora Claudia Nayibe López Hernández. El primero sostuvo que la discusión planteada era de una carga ideológica profunda, que la posición de la proponente era “muy respetable”, que él defiende la “proposición de la sentencia de la Corte. Creo que, para efectos prácticos en el proyecto, no habría diferencia entre uno y otro, sería más una posición como la defiende la Senadora Viviane.” Por su parte, la Senadora López Hernández sostuvo que “[l]a Corte Constitucional ya reconoció con pleno (sic) derechos legales a quienes tienen una identidad sexual distinta de hombres y mujeres... por lo tanto para efectos civiles ante la ley colombiana son mujeres y como tal, tiene entonces, la misma exención que tienen las mujeres que se reconocen como tal en su identidad sexual. // De hecho, por eso no lo objetó el Ministro de Defensa, porque es finalmente una exención, a las mujeres cualquiera sea el momento en que determinen su identidad sexual... si el Ministro de Defensa no lo ha objetado, es precisamente porque se cumple con la condición legal, no es ideológica. Aquí cada quien puede tener unas posiciones ideológicas distintas, pero si con la definición legal de ser mujer, puede ser la vía de nacer y reconocerse como mujer o nacer hombre y reconocerse como mujeres, en todo caso frente a la ley son mujeres y por eso excluidas.”

Luego de lo anterior, la propuesta pasó a votación con la siguiente precisión de la Senadora Viviane Morales:

“Si se vota sí, es volver a como lo presentó el Ministerio de Defensa. Es decir, que las mujeres pueden presentarlo voluntariamente, y en el literal K donde se dice que, los varones que hayan cambiado de sexo quedan excluidos, porque es que, sino se vota así, resulta que entonces las mujeres que se sienten hombre, y se le va a reconocer que es hombre por el Estado Colombiano, va a ser un hombre con privilegios, porque se vuelve hombre, pero no va prestar el servicio militar, eso sería incongruente.”

30. De lo anterior, varias conclusiones pueden extraerse. La primera, consiste en que con la Ley 1861 de 2017 se expidió una nueva regulación en materia de reclutamiento y movilización, con el ánimo de ajustarla a los mandatos constitucionales -teniendo en cuenta la lectura que de ellos ha efectuado esta Corporación como guardiana de la defensa de la integridad y supremacía de la Carta Superior- tras más de 20 años de vigencia del régimen previsto en la Ley 48 de 1993, el cual, valga destacar, también tuvo por objeto adecuar este deber a la Constitución Política que por aquella época acabada de promulgarse. En este sentido, en consecuencia, se parte del presupuesto de que la intención del Congreso fue la de avanzar en la previsión de la prestación del servicio militar obligatorio y de la definición de la situación militar en términos constitucionales.

31. La segunda, recae en la afirmación de que, dentro de algunas situaciones pendientes por ajustar, se encontraba la de la población transgénero. Antes de continuar, para la Sala es relevante indicar el sentido en que se usarán algunas expresiones y precisar otros aspectos.

31.1. En cuanto a lo primero, la Sala acudirá a algunas concepciones que se han venido trabajando tanto por esta Corporación como por otros organismos que en el sistema universal y regional de derechos humanos se ocupan de asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género. Estas concepciones, empero, solamente orientan la cuestión y no pretenden convertirse en límites de comprensión de las diversas orientaciones e identidades, pues prima la libertad amplia del individuo para decidir sobre su propia vida. En este sentido, se utilizarán criterios contenidos en los Principios de Yogyakarta, entre otros:

- Por orientación sexual se hace referencia a “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género

diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad [de] mantener relaciones íntimas o sexuales con estas personas.”

- Identidad de género se entiende 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) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”

- La expresión de género[69] es la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida[70]

- Tránsgender o persona trans[71] es cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste.

- Finalmente, se está ante una persona cisgénero cuando su identidad de género corresponde con el sexo asignado al nacer[72].

32. Retomando, entonces, la segunda conclusión (párrafo 31, supra), es claro que en el debate parlamentario se manifestó la preocupación por regular la situación de las personas tránsgender, acogándose dos categorías fundamentales: varón/hombre y mujer, y que la mención que durante algunos debates tuvo la expresión “tránsgender” fue suprimida, específicamente en el Senado de la República, porque se consideró en el marco del debate

que era propia de una “ideología de género”. Sin embargo, y esto debe destacarse, es claro para la Sala que la situación de hombres y mujeres transgénero fue objeto de consideración y que la intención fue, claramente, hacerlo conforme a las reglas jurisprudenciales construidas por la Corte Constitucional.

33. En este sentido, la Sala parte de afirmar que la inclusión de un supuesto de exoneración en el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, significa que: (i) se predica, en principio, de un sujeto que tiene el deber constitucional de prestar el servicio militar, y (ii) no excluye el deber para su destinatario de tramitar y obtener una tarjeta de reservista. La ubicación del literal k) bajo el enunciado general de sujetos “exonerados” parece sugerir, prima facie, que las mujeres transgénero destinatarias de dicho enunciado asumen las mismas consecuencias que las de un exonerado en general. No obstante, sobre el alcance en concreto de lo que “dice” la disposición la Sala no tiene competencia, pues el literal k) no fue demandado por tal aspecto, sino que se demandó por no haber incluido una parte de la población transgénero, esto es, se demandó por lo que “no dice”.

2. Requisitos de aptitud de la demanda en la acción pública de inconstitucionalidad – Reiteración de jurisprudencia[73]

34. La Corte Constitucional se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre los requisitos que debe reunir una demanda de inconstitucionalidad, para efectos de que el asunto sometido a su consideración pueda ser decidido de fondo. En dichas ocasiones, ha enfatizado que la acción pública de inconstitucionalidad es expresión del derecho de participación en una democracia[74], y que constituye un instrumento de control sobre el poder de configuración normativa que radica, de manera principal, en el Congreso de la República[75].

35. El ejercicio de dicho mecanismo, sin embargo, no está desprovisto de exigencias que, si bien no pueden constituirse en barreras para el acceso a la administración de justicia, están orientadas a dar cuenta (i) de la presunción de corrección de las Leyes, con mayor precisión e intensidad de aquellas proferidas por el Congreso de la República, que deriva del carácter epistemológico del proceso democrático, y de la pretensión de estabilidad del ordenamiento jurídico en beneficio de la seguridad que debe brindar a sus destinatarios; y, (ii) del ejercicio ponderado de la competencia del Juez Constitucional, que, por un lado, no

debe asumir por sí mismo la carga de formular acusaciones contra las normas que luego debe estudiar con imparcialidad; y, por el otro, debe garantizar un escenario en el que el escrito de la demanda permita orientar la participación y el debate ciudadano.

36. Por lo anterior, aunque en aplicación del principio *pro actione* es preferible, en beneficio de un ordenamiento jurídico coherente y consistente, dictar una decisión de fondo a una inhibitoria, no le es dable a la Corte Constitucional corregir de oficio, ni subsanar aspectos oscuros, débiles o no inteligibles dejados por el accionante, “pues, se corre el riesgo de transformar una acción eminentemente rogada, en un mecanismo oficioso”[76]. Así entonces, las exigencias que rigen en esta materia no resultan contrarias al carácter público de la acción de inconstitucionalidad, sino que responden a la necesidad de establecer una carga procesal mínima que tiene como finalidad permitir que la Corte Constitucional cumpla de manera eficaz las funciones que le han sido asignadas por la Carta Política en esta materia[77], armonizando diversos principios institucionales y sustantivos.

37. Bajo tal premisa, y partiendo del contenido del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, la jurisprudencia ha precisado que, para que exista demanda en forma, el promotor del respectivo escrito de acusación debe (i) señalar las normas que se acusan como inconstitucionales, (ii) las disposiciones superiores que estima infringidas, y (iii) exponer las razones o motivos por los cuales la norma acusada viola la Constitución, lo que se traduce, a su vez, en la formulación de por lo menos un cargo concreto de inconstitucionalidad[78]. El promotor de la acción, por supuesto, también debe explicar la razón por la cual estima que la Corte Constitucional es competente para conocer del asunto (Artículos 241 de la Constitución Política y 2 del Decreto 2067 de 1991).

38. Las dos primeras exigencias cumplen un doble propósito. De un lado, la determinación clara y precisa del objeto sobre el que versa la acusación, esto es, la identificación de las normas que se demandan como inconstitucionales, lo que se cumple con la transcripción literal de las mismas por cualquier medio, o con la inclusión en la demanda de un ejemplar de la publicación oficial, de acuerdo con las previsiones del artículo 2º del citado Decreto 2067 de 1991; y, del otro, la indicación de forma relativamente clara de las normas constitucionales que, en criterio del actor, resultan vulneradas por las disposiciones que se acusan y que son relevantes para el juicio.

39. Ahora bien, el tercero de los presupuestos exige consignar en el texto de la demanda las razones o motivos a partir de los cuales se entiende que la norma acusada infringe la Constitución. Al respecto, ha hecho énfasis este Tribunal en que el mismo impone al ciudadano que hace uso de la acción pública una carga particular, consistente en la formulación de por lo menos un cargo concreto de inconstitucionalidad contra la norma que pone en tela de juicio, y en que este se encuentre respaldado en razones “claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes”[79] que permitan establecer la existencia de una oposición objetiva y verificable entre la norma impugnada y el conjunto de las disposiciones constitucionales. Dicho en otros términos, la proposición de una verdadera controversia de raigambre constitucional[80]. Sobre estos requisitos, en la Sentencia C-1052 de 2001[81], se sostuvo:

“(i) claras, es decir, seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución; (ii) ciertas, lo que significa que no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) específicas, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) pertinentes, de manera que planteen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) suficientes, esto es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o disposición demandada.”

Así entonces, la claridad es indispensable “para establecer la conducencia del concepto de la violación”, pues aunque se trate de una acción pública, es necesario seguir un hilo conductor que permita comprenderla. La certeza, por su parte, exige que “la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente” cuyo contenido sea verificable y no sobre deducciones, supuestos o proposiciones hechos por el demandante mas no por el legislador. La especificidad se predica de aquellas razones que “definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política”, formulando, por lo menos un “cargo constitucional concreto contra la norma demandada”[82], para que sea posible determinar si se presenta una confrontación real, objetiva y verificable, dejando de lado argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales”. [83]

La pertinencia, como atributo esencial de las razones expuestas al demandar una norma por inconstitucional, indica que “el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional”, esto es, basado en la evaluación del contenido de una norma superior frente al de la disposición demandada, apartándose de sustentos “puramente legales y doctrinarios”, [84] o simples puntos de vista del actor buscando un análisis conveniente y parcial de sus efectos. Finalmente, la suficiencia se refiere, por una parte, a “la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche”, y por otra, a la exposición de argumentos que logren despertar “una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada” que haga necesario un pronunciamiento de la Corte.

40. Cuando se satisfacen los requisitos atrás señalados, la Corte se encuentra en condiciones de adelantar el proceso judicial con el objetivo de establecer si lo acusado “se somete o no al ordenamiento supralegal que se dice desconocido”[85]; de lo contrario, al juez constitucional le será imposible “entrar en el examen material de los preceptos atacados con miras a establecer si se avienen o no a la Constitución”[86] y, en tales circunstancias, no habrá lugar a darle curso al proceso o habiéndolo adelantado, culminará con una sentencia inhibitoria, sin que en este caso pueda oponerse una primera decisión de admisión dado que es en la Sala Plena de la Corporación, integrada por todos sus Magistrados, en quien recae la competencia de proferir un fallo, determinando, previa deliberación, si la demanda es apta o no[87].

3. Algunas consideraciones sobre el alcance del cargo por omisión legislativa relativa

41. La Corte Constitucional ha reconocido que su competencia para controlar la constitucionalidad de instrumentos legislativos cubre, además del contenido expreso del enunciado normativo puesto bajo su consideración, es decir, acciones, las omisiones en que haya incurrido el Legislador al formularlo. En otras palabras, esta Corporación ha establecido que un enunciado normativo puede violar la Constitución no solo a partir de lo que dice el Legislador, sino también, en casos específicos, de lo que no dice, si al excluir tal contenido desconoce un mandato constitucional.[88] Este segundo caso se materializa en lo que la Corte ha denominado, con base en la doctrina y en su interpretación sobre la materia, una omisión legislativa relativa.[89]

Dicho tipo de omisión, que la Corte es competente para revisar, se diferencia de la omisión legislativa absoluta, precisamente, porque la primera implica la existencia de una norma, una actuación en la que se expresa la voluntad del Legislador, que es imperfecta e incompleta en la medida que desconoce, a través de una exclusión, un deber constitucional. La segunda, en cambio, se da cuando no existe norma alguna sobre la materia: si no hay actuación, este Tribunal ha entendido que no se activa su competencia, pues no existe un acto que se pueda comparar con la Constitución.[90]

42. En términos generales, una norma contiene una omisión legislativa relativa si (i) al regular sobre un aspecto en específico, excluye de los destinatarios de la disposición a sujetos que gozan de una posición asimilable a la de aquellos que sí tiene en cuenta el Legislador, y, por lo tanto, ubica a los excluidos en una situación de desventaja. En esta circunstancia, la omisión del Legislador compromete el principio de igualdad, por cuanto se producen diferentes consecuencias jurídicas para supuestos de hecho idénticos o asimilables. Ahora bien, por otro lado, la Corte también ha reconocido que, más allá del principio de igualdad, se produce una omisión del tipo en comento cuando (ii) la norma no incorpora un elemento, ingrediente, condición o supuesto que resulta esencial en cumplimiento de un deber o mandato establecido en la Constitución.[91]

43. Así las cosas, de manera predominante, esta Corporación ha establecido cinco requisitos para que una demanda de inconstitucionalidad lleve a la Corte a declarar la existencia de una omisión legislativa relativa:[92] (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo, pues de lo contrario, se trataría de una omisión legislativa absoluta o, al menos, no se activaría el control de constitucionalidad a cargo de este Tribunal; (ii) en los términos mencionados arriba, que la norma excluya de sus efectos casos que debía incluir por ser asimilables a los que sí cubre, u omita “un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta”:[93] (iii) que tal exclusión “carezca de un principio de razón suficiente”[94] o, en otras palabras, “no obedezca a una razón objetiva y suficiente”:[95] (iv) “que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma”:[96] y (v) “que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador”.[97]

44. Ahora, si bien el test resultante de estudiar el cumplimiento de los cinco requisitos mencionados ha sido reiterado de manera continua desde la Sentencia C-427 de 2000,[98] en algunas ocasiones, la Sala Plena ha aplicado variaciones. Dos versiones alternativas se destacan dentro de la jurisprudencia constitucional sobre la materia. En cualquier caso, la esencia de las condiciones que la Corte estudia para determinar si existe una omisión legislativa relativa se mantiene. Por un lado, existen casos en los que la Corte ha agregado dos requisitos adicionales que, tal como han sido planteados, llevan a que esta Corporación tenga en cuenta: “(vi) si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta, o (vii) si se está más bien, ante normas completas, coherentes y suficientes, que regulan situaciones distintas”. [99] Por otro lado, en algunos pronunciamientos recientes, la Sala Plena ha incorporado el criterio de la Sentencia C-352 de 2017[100], de acuerdo con la cual

“...la ausencia de justificación de la omisión es una valoración jurídica que sólo resulta posible una vez se ha identificado cuál es el mandato constitucional específico que se encuentra incumplido, ya que la justificación se refiere necesariamente a las razones que explican el incumplimiento del deber”. [101]

Este entendimiento, que le da una importancia particular al mandato o deber constitucional supuestamente desconocido por el Legislador al incurrir en la omisión alegada, ha llevado a que en algunas sentencias recientes el test se reorganice de la siguiente manera, que implica que este Tribunal verifique:

“(a) la existencia de una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que (i) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o (ii) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo;

(b) que exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resulta omitido, por los casos excluidos o por la no inclusión del elemento o ingrediente normativo del que carece la norma;

(c) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente;

(d) que en los casos de exclusión, la falta de justificación y objetividad genere una

desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma”.[102]

45. Con respecto a esta última condición, en algunos de los casos en que la Corte ha aplicado esta versión del test, se han hecho dos precisiones adicionales. En primer lugar, la Corte ha propuesto, en algunos pronunciamientos, que “[e]ste supuesto se entenderá aplicable solo en los eventos en que exista la conculcación del principio de igualdad”, esto es, cuando la norma no aplica sus consecuencias jurídicas a supuestos de hecho idénticos o semejantes al previsto en ella.[103] En segundo lugar, como consecuencia del entendimiento descrito, la Sala Plena ha estimado que, para verificar el cumplimiento del requisito mencionado, “debe revisarse la razonabilidad de la diferencia de trato, que pasa por valorar a) si los supuestos de hecho en que se encuentran los sujetos excluidos del contenido normativo son asimilables a aquellos en que se hallan quienes sí fueron incluidos, y, b) si adoptar ese tratamiento distinto deviene necesario y proporcionado con miras a obtener un fin legítimo”.[104]

46. Lo anterior, ha llevado a que, en casos recientes en los que se ha replanteado el examen de la manera descrita, al evaluar la demanda en que se alega la existencia de una omisión legislativa relativa, la Sala Plena haya aplicado criterios propios del test integrado de igualdad. En concreto, en una de ellas, se consideró que no se configuraba un cargo con aptitud para ser analizado de fondo. Así, en la Sentencia C-088 de 2019,[105] la Corte determinó que el cargo que llamaba la atención sobre una inconstitucionalidad por omisión no resultaba apto, en la medida que no identificaba con certeza y suficiencia un criterio de comparación (*tertium comparationis*) entre los supuestos de hecho que se presentaban como similares. Esta Corporación estableció que

“como la viabilidad de un cargo por violación del principio de igualdad, dadas sus implicaciones sobre la norma acusada en el evento de resultar procedente (modulación), no puede estar justificado en la simple manifestación de que las disposiciones objeto de controversia establecen una discriminación y que, por ello, son contrarios al artículo 13 superior, sino que está supeditado a que el demandante señale un criterio de comparación que respalde su argumentación”.[106]

47. Los criterios referidos, en consecuencia, son relevantes al momento de analizar si la

demanda dentro del trámite de inconstitucionalidad es apta o no para generar una decisión de fondo y, por lo tanto, guiarán a la Sala en el acápite siguiente.

4. La demanda no reúne los requisitos de aptitud para promover un pronunciamiento de fondo

48. Teniendo en cuenta (i) las consideraciones realizadas por la Sala sobre la ubicación dentro del ordenamiento jurídico del artículo 12, literal k), de la Ley 1861 de 2017, (ii) el escrito de demanda y (iii) las intervenciones allegadas a este proceso, especialmente de las que solicitan una decisión inhibitoria, se concluye que el cargo de inconstitucionalidad que funda las pretensiones de la ciudadana Osorio Botero, por omisión legislativa relativa[107], no fue debidamente motivado, en concreto, por no satisfacer los requisitos de claridad, certeza y especificidad.

49. En síntesis, la demandante pretende que se declare la inconstitucionalidad del literal k) demandado o, de manera subsidiaria, la “exequibilidad condicionada... en el entendido de que sus preceptos también cobijan las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento”[108]; con tal objeto, el único cargo invocado es por omisión legislativa relativa, porque estima que el Legislador no tuvo en cuenta en la regulación del artículo 12 una parte de las personas que integran la población transgénero.

50. En tal línea, un primer reparo que la Sala realiza al documento allegado por la promotora de la acción consiste en advertir que, si su argumento recae en que el Legislador debió tener en cuenta a “las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento” como personas destinatarias de la norma que se inscribe al literal k), no se comprende por qué la pretensión principal se dirige a que la Corporación declare la inconstitucionalidad de todo el literal, pues ello implicaría que en el artículo 12 demandado no se hiciera referencia a algún integrante del grupo poblacional transgénero, esto es, que no se considerara ni siquiera a “[l]os varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil”, y, con tal objetivo, la ciudadana Osorio Botero no invoca en su escrito un cargo de inconstitucionalidad.

Esto es, si la censura por omisión legislativa relativa se concreta en la no inclusión de una

parte de un grupo en el literal k), el remedio que se sigue -por lo menos, como pretensiones su incorporación a través de una decisión judicial aditiva; por lo tanto, no es claro por qué la pretensión principal es que se declare la inconstitucionalidad del enunciado normativo, pues, se insiste, ello se concretaría en la exclusión de la regulación de las personas que dentro del grupo transgénero sí estimó el Legislador para efectos de regular su situación, y, para lograr tal cometido, en la demanda la accionante tenía la carga de justificar con suficiencia por qué la norma ahora prevista en el literal k) citado no se sujeta al Ordenamiento Superior, si tal era su intención, y así no lo hizo.

No desconoce la Sala que algunos intervinientes sí invocaron una pretensión en tal sentido, como da cuenta de esto el escrito allegado por Dejusticia y las demás organizaciones que lo suscriben, no obstante, la Corporación ha destacado que no es dable asumir el conocimiento de cargos no propuestos en el escrito inicial[109].

51. Un segundo reproche a la demanda recae en la inexistencia de coherencia entre aquello que se pide de la Corte Constitucional y las consecuencias normativas que, en principio, se derivan para las personas que cumplen con las condiciones advertidas en el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017.

51.1. Al respecto, en varios apartados la demandante considera que “las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento” no deben ser obligados a (i) prestar servicio militar, ni a (ii) tramitar libreta militar:

“...La mujer colombiana que hubiese cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento no debe ser obligada: (i) a prestar servicio militar obligatorio dado, precisamente, su condición transgénero...; tampoco (ii) a portar libreta militar, y en consecuencia, ni siguiera deberían ser obligadas a tramitar este documento que, de acuerdo a la legislación colombiana, solo se les exige a los varones, que obligar a un hombre transgénero a ir a un Distrito Militar a tramitar este documento confronta su identidad de género. Sostienen que obligarlos a portar el documento es degradante y abiertamente discriminatorio y, (iii) el requisito de la libreta militar no debe continuar siendo un obstáculo para que esta población pueda acceder al mercado laboral... no debe exigirse la libreta militar a Las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su

componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento porque se vulneran dos tipos de derechos: (i) el derecho a la identidad sexual... (ii) los derechos fundamentales y sociales relacionados con la exigencia de la libreta militar,...”.[110]

51.2. Desde la lectura que prima facie deriva del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, los destinatarios de la medida de exoneración del servicio militar obligatorio, en su condición de hombres, deben continuar con el trámite para lograr la expedición de su tarjeta de reservista o libreta militar -de segunda clase-.

51.3. Por lo tanto, si lo que la demandante considera es que las personas “colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento” no deben, ni siquiera, ser requeridas para portar libreta militar, no se entiende por qué desde su pretensión -subsidiaria- busca su inclusión en el listado considerado por el Legislador en el citado artículo 12, más concretamente en el literal k), en razón a que, esta inclusión pondría a dicha parte del grupo transgénero ante la obligación de tramitar el referido documento.

52. Por último, algunos elementos más deben ser mencionados ahora, dado que contribuyen a soportar la conclusión de que la demanda carece de claridad. Sin embargo, en razón a que tienen mayor relevancia como razones para no encontrar por satisfechos los requisitos de certeza y especificidad, no serán expuestos con mayor detalle. En este sentido, encuentra la Sala que dentro del grupo de hombres transgénero la demandante solo incluye a aquellos que tienen en el registro civil la modificación respectiva sobre el componente de sexo, sin hacer referencia a aquellos que no, esto es, a quienes se reconocen como tal pero no han adelantado tal trámite, ni a los motivos por los cuáles realiza tal distinción.

Ahora bien, en algunos apartados la accionante parece adoptar como presupuesto que la Ley 1861 de 2017 guarda silencio en relación con la situación de los hombres transgénero; sin embargo, considera que deben ser calificados como exonerados. Para la Sala, sin embargo, la estimación de un hombre como exonerado de prestar el servicio militar parte -en principio y salvo una explicación en contrario que lo justifique- de la verificación de que está obligado a cumplir dicho deber, por lo tanto, el razonamiento expuesto en la demanda no es inteligible[111]. En otros términos, si lo solicitado expresamente como pretensión

subsidiaria es la exoneración de “las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento” de la prestación del servicio militar, el presupuesto debe ser, como lo ha considerado esta Corporación en algunas decisiones, que la Ley 1861 de 2017 incluye a los hombres transgénero como sujetos vinculados al deber de prestar el referido servicio militar y no, como sugiere la accionante, que los hombres transgénero no fueron considerados con estatus alguno por la referida normativa.

53. En conclusión, el escrito de demanda que dio inicio a este trámite no viabilizó la realización de un diálogo constitucional sobre líneas claras, pues las pretensiones no se siguen de los argumentos expuestos y, además, los argumentos -por sí mismos- dejan vacíos en su comprensión sobre aspectos tan relevantes como la determinación de la categoría de hombre transgénero, y el concepto y alcance de la medida de exoneración de la prestación del servicio militar obligatorio.

54. La demanda, además, no satisface el requisito de certeza. Retomando sus pretensiones, la accionante considera que “las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento”, esto es, hombres transgénero con la modificación respectiva en el registro civil de nacimiento, no deben prestar el servicio militar obligatorio ni estar sometidos a la tramitación de la tarjeta de reservista. En este sentido, afirmó la promotora de la acción que:

“Las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento, que se autoreconocen como hombres, no deberían estar sujetos a las obligaciones dirigidas a los varones derivadas de la Ley 48 de 1993 y de la ley 1861 de 2017. Aceptar que son destinatarios de esta ley generaría un trato diferenciado basado en estereotipos de género, como consecuencia de partir de la identidad de género, que es parte fundamental de su proyecto de vida.”[112]

No obstante, tal como se analizó por la Sala al abordar la ubicación en el ordenamiento jurídico de la disposición demandada y a lo mencionado sobre el anterior requisito de ineptitud de la demanda, la inclusión de un sujeto en el artículo 12 como destinatario de la exoneración del servicio militar obligatorio lo ubica, en principio e inmediatamente, ante el deber de tramitar la libreta militar.

Si lo pedido en la demanda consiste en que a la parte del grupo transgénero por el que se reclama no tenga ninguna de las obligaciones relacionadas con el servicio de reclutamiento, no se comprende por qué esa consecuencia normativa se deduce de los eventos regulados en el artículo 12 y, por lo tanto, se pide su inclusión como supuesto en tal disposición. En consideración de la Sala, el entendimiento que realizó la demandante a los enunciados del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 no es adecuado, pues implicó su erróneo convencimiento de que los eventos de exoneración determinan no solo la inexistencia del deber de prestar el servicio militar, sino, también, la finalización de cualquier trámite ante el Estado, en concreto, el proceso para obtener la expedición de la libreta militar.

Ahora bien, la demanda se dirige concretamente contra el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017. La ubicación de dicho enunciado dentro del régimen de reclutamiento, como se afirmó antes, parece conducir prima facie a afirmar que las mujeres transgénero que hayan efectuado el ajuste respectivo en el registro civil de nacimiento con posterioridad a la inscripción, deben obtener libreta militar; y, se insiste, la petición de la accionante frente a los hombres transgénero que hayan cambiado el componente respectivo en el registro civil de nacimiento no es coherente con dicha interpretación. Esta interpretación del literal k), insiste la Sala, se realiza prima facie, en atención a que en la demanda ese enunciado no se cuestiona por lo que dice, sino por lo que no dice, y, por lo tanto, la Sala no tiene competencia para efectuar un pronunciamiento sobre su alcance constitucional.

Pero, si la lectura del literal k) para la accionante es que la asignación de una obligación para las mujeres transgénero de tramitar libreta militar no es constitucional y, en consecuencia, tal disposición tiene un alcance equiparable a lo que ella pretende para los hombres transgénero que ocupan el objeto de su pretensión, debió justificarlo de tal manera, para, a partir de allí, entender por qué pueden ser considerados en dicho enunciado en el sentido en que ella lo pide, esto es, sin que se les imponga la ya citada obligación de tramitar la libreta militar.

55. En conclusión, teniendo en cuenta que lo solicitado por Sonia Marleny Osorio Botero es que los hombres transgénero que hayan modificado su componente de sexo femenino por el masculino en su registro civil de nacimiento no presten servicio militar obligatorio, ni tramiten y porten libreta militar, la demandante no justificó por qué la asignación de dichas consecuencias se logra con la inclusión de tal población en los supuestos previstos en el

artículo 12 de la Ley 1861 de 2017. En tales condiciones, para la Sala, solo una lectura inadecuada de los enunciados allí previstos -que excepcione no solo el servicio militar sino los demás deberes allí establecidos- permite comprender la existencia de un nexo entre lo pedido y el remedio constitucional solicitado por la promotora de la acción, en relación con la pretensión subsidiaria de exequibilidad condicionada.

Ahora bien, si para la demandante la interpretación del caso incluido en el literal k) no es aquella que prima facie puede darse, esto es, la que indica que la exoneración significa no estar obligado a prestar el servicio militar pero sí tramitar y portar libreta militar, sino otra, según la cual, las mujeres transgénero, por estar en igualdad de condiciones con las mujeres cisgénero, no deben estar obligadas a prestar el servicio militar ni a tramitar y portar libreta militar, debió explicarlo así en la demanda, asumiendo la carga argumentativa en tal sentido y, una vez explicado su alcance, por lo menos, podría comprenderse por qué para ella la solución al problema de injusticia que evidencia tiene como remedio la inclusión de la población de hombres transgénero por la que reclama en el referido literal k) del artículo 12.

56. En últimas, la demanda no justifica la existencia de una norma real que derive de los enunciados del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, y en concreto del literal k), según la cual su destinatario será beneficiario de unas consecuencias jurídicas que envuelven (i) la inexistencia de un deber de prestar el servicio militar obligatorio, y (ii) la inexistencia de una obligación de tramitar y portar la libreta militar, careciendo, por lo tanto, de certeza.

57. Esta verificación tiene un impacto negativo incuestionable en la orientación argumentativa del cargo por omisión legislativa relativa. Al respecto, el primer requisito que debe ser satisfecho por quien sostiene que el Congreso de la República incurrió en una omisión relativa, consiste en identificar la norma de la que se predica la no inclusión de un caso asimilable al que efectivamente prevé[113]. En estas condiciones, lo que se pretende es que el evento que no fue tratado de la misma manera por el Legislador pueda incluirse para que, respecto de aquél, se prediquen las mismas consecuencias previstas por la norma involucrada.

En el asunto sometido a consideración de la Sala, la accionante destacó que al expedirse la

Ley de reclutamiento, control de reservas y movilización se omitió incluir en el artículo 12, literal k), el supuesto de los hombres transgénero que efectúen el ajuste respectivo sobre el componente de sexo en el registro civil. No obstante, tal como se advirtió en los párrafos inmediatamente anteriores, lo que la demandante pretende es que se apliquen consecuencias que en realidad no se derivan, por lo menos de manera evidente, de los supuestos previstos en el artículo 12, o de manera específica, del literal k). Para deducir las consecuencias que ella invoca, era necesario que indicara cuál era el alcance que estaba predicando de este último enunciado, sin embargo, así no lo hizo.

58. A tales deficiencias argumentativas, la Sala adiciona la ausencia de especificidad. Este requisito, observado de manera concreta en el ámbito del cargo por omisión legislativa relativa que ocupa la atención de la Sala, no es satisfecho por la demandante a partir de varios elementos.

59. Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, la omisión relativa exige de quien la invoca evidenciar y justificar (i) por qué la exclusión de un caso asimilable al regulado, pero no tenido en cuenta por el Legislador, carece de un principio de razón suficiente y (ii) genera una desigualdad negativa. Este análisis necesita, como presupuesto, de la determinación precisa de los grupos que se comparan y, esta carga corresponde, evidentemente, al ciudadano demandante.

60. En el proceso examinado, contrariando tal requisito, del escrito inicial no solo se desprenden varias dudas sobre las categorías en las que se funda el reparo constitucional, sino que no se justifica adecuadamente por qué los grupos que, al final parece asimilar, sean efectivamente equiparables, conforme a los pronunciamientos previos de esta Corporación.

60.1. Al respecto, una primera advertencia consiste en que la demandante desconoce dos aspectos que -por lo menos- en la construcción actual de la jurisprudencia deben orientar el debate al respecto, bien para que, con base en ellos, invoque y evidencie por qué el Legislador no las siguió, o bien para defender que, pese a seguirlas, por ejemplo, lo hizo de manera inadecuada o no es pertinente hacerlo en el escenario normativo específico. En este último caso, cuando quien promueve la demanda considera que las categorías no son adecuadas constitucionalmente, debe expresar claramente sus razones.

60.1.1. En esta línea, la ciudadana desconoce que (i) la situación de los hombres transgénero sí está prevista en la Ley de Reclutamiento[114], y que la forma en la que lo está, es en el sentido de (ii) considerarlos como parte de la categoría de “varón” y, en consecuencia, destinatarios tanto de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio como de la de obtener libreta militar.

Es así como en la Sentencia C-220 de 2019[115] este Tribunal declaró la inhibición para pronunciarse sobre el vocablo “varón”, contenido en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, respecto del cual las demandantes alegaban la existencia de una omisión legislativa relativa en el sentido de que debía entenderse que también incluía a los hombres transgénero.

La Sala Plena advirtió que el cargo carecía de certeza, dado que la proposición jurídica inferida por la demanda no se desprende del enunciado normativo acusado sino de una interpretación subjetiva realizada por las demandantes. Esto aunado a la falta de conocimiento de la jurisprudencia constitucional que, en temas referidos a la prestación del servicio militar obligatorio, ha precisado que la mujer transgénero se encuentra incluida en la expresión “mujer” y el hombre transgénero en el vocablo “varón”[116].

60.1.2. A partir de lo anterior la Sala no pretende desconocer la posibilidad de que los ciudadanos cuestionen el tratamiento que legal y jurisprudencialmente, en materia del servicio de reclutamiento, se ha dado a los conceptos de mujer y hombre, sino que exige claridad en el punto de partida, con el objeto de cumplir con la carga argumentativa suficiente para comprender y, luego, cuestionar el trato dado por el Legislador a la población transgénero. Sobre este punto, la demandante sostuvo lo siguiente:

“...con ocasión de la expedición de la Ley 1861 de 2017 se vulneran los derechos de [este grupo] toda vez que se trata de una regulación infra exclusiva que desconoce los parámetros estados constitucional y jurisprudencialmente en torno al tratamiento en condiciones de igualdad a personas que se encuentren en condiciones iguales en este caso la comunidad transgénero -hombre o mujer-, toda vez que la presente normatividad si regula la situación de los hombres colombianos que hubiesen cambiado su componente de sexo masculino a femenino en su registro civil de nacimiento en el sentido que están exentos a prestar el servicio militar.”[117]

Y, también precisó que:

“Tratar [al grupo de hombres transgénero] como hombres para efectos del servicio militar genera consecuencias victimizantes y viola sus derechos fundamentales...”[118]

Estos apartes evidencian que, para la acusación, la población transgénero, como una única categoría, debe tratarse de manera similar y que, por lo tanto, conferir a los hombres transgénero el estatus de varones no es adecuado. Estas afirmaciones en la demanda, empero, no se justifican.

60.2. En segundo término, como se anticipó al referirse a la ausencia de claridad del escrito inicial, la demandante considera que los hombres transgénero que no fueron tenidos en cuenta por el Legislador son aquellos que efectúan la modificación del componente de sexo en el registro civil de nacimiento. En la determinación de este extremo, empero, no se explica la razón por la cual para la demandante la consignación en los documentos oficiales que permiten la materialización del derecho a la personalidad jurídica juega un papel relevante dentro de la propia población de hombres transgénero que se auto reconocen como tal, incluso sin haber adelantado el registro pertinente.

60.3. Dejando de lado tal indeterminación, un tercer elemento relevante tiene que ver con el otro extremo de la relación frente al cual la ciudadana Osorio Botero compara a los hombres transgénero. En este sentido, la accionante sostiene que al hombre transgénero debió dársele el mismo trato que a la mujer transgénero y, por tal motivo su cargo se invoca frente a lo dispuesto en el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017.

61. En estas condiciones, en consecuencia, los grupos que la accionante equiparó no han sido apreciados como asimilables por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tampoco asumió la interesada un esfuerzo argumentativo para evidenciar por qué, por lo menos en la materia de la Ley 1861 de 2017, la población transgénero debe ser tratada de manera idéntica con independencia de las categorías binarias hombre/mujer. Por lo tanto, la incomprensión de la asimilación en la que se funda esta acción de inconstitucionalidad impide el entendimiento del cargo de la demandante en el marco del cargo por omisión legislativa relativa.

62. Por último, para abundar en razones, estima la Sala que en aquellos casos en los que

se cuestiona la actividad del Legislador por lo que deja de hacer al ejercer su función normativa, quien demanda la omisión debe adelantar un esfuerzo importante con miras a evidenciar qué deber derivado de la Constitución fue insatisfecho. En este caso, empero, la demanda es débil dado que se limita a plantear un asunto relacionado con el derecho de igualdad en abstracto, sin referencia clara respecto a la regulación sobre el servicio de reclutamiento.

Además, retomando lo considerado hasta aquí, el incumplimiento del deber en el marco del escrito de la demanda parte de un concepto confuso sobre la forma en la que debe concretarse tal deber en materia de población transgénero, en concreto, de hombres transgénero, esto es, si es a través de una exoneración o de una exclusión amplia, que implique el no trámite ni porte de libreta militar.

63. En los términos ampliamente reseñados, concluye la Sala que la demanda no es apta para activar la competencia de la Corte Constitucional y, en consecuencia, se impone adoptar una decisión inhibitoria.

Síntesis de la decisión

64. En esta oportunidad la Corte Constitucional analizó la demanda de inconstitucionalidad presentada por la ciudadana Sonia Marleny Osorio Botero contra el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, “[p]or la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”, por el cargo de omisión legislativa relativa al no incluir dentro del grupo de los exonerados a prestar el servicio militar obligatorio a los hombres transgénero que hubieran efectuado el ajuste respectivo del componente de sexo en el registro civil de nacimiento.

65. En atención al contenido de su escrito y a las intervenciones presentadas, específicamente de aquellas que consideraron que no se satisfacían los requisitos de aptitud de la demanda, la Sala se ocupó en primer lugar de analizar si en este caso la demandante formuló una acusación contra el artículo 12, literal k), de la Ley 1861 de 2017 con el lleno de los requisitos necesarios para fijar un problema constitucional. En este estudio, concluyó que no se cumplieron los requisitos de claridad, certeza y suficiencia en el marco del único cargo presentado, dado que la ciudadana promotora de la acción, en síntesis, formuló pretensiones contradictorias, justificó sus peticiones sin precisar el alcance

de las categorías que utilizó, y desconoció el sentido que esta Corte ha construido hasta ahora en su jurisprudencia respecto a los deberes de mujeres y hombres transgénero frente al servicio de reclutamiento.

VII. Decisión

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

RESUELVE

Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, “[p]or la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización.”

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Presidenta

Carlos Bernal Pulido

Magistrado

Diana Fajardo Rivera

Magistrada

Con aclaración de voto

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Magistrado

Alejandro Linares Cantillo

Magistrado

Antonio José Lizarazo Ocampo

Magistrado

Cristina Pardo Schlesinger

Magistrada

Con impedimento aceptado

José Fernando Reyes Cuartas

Magistrado

Alberto Rojas Ríos

Magistrado

Martha Victoria Sáchica Méndez

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-356/19

Acompañé la decisión adoptada por la Sala Plena de proferir un fallo inhibitorio en este proceso, pues la demanda no cumplió con los requisitos necesarios para la fijación de un verdadero problema constitucional. Sin embargo, es importante destacar que algunas intervenciones presentadas en el trámite plantearon tensiones constitucionales sobre la forma en que el Legislador reguló la prestación del servicio militar y la obligación de gestionar la libreta militar de la población transgénero.

Estas tensiones, aunque relevantes para la protección de los derechos de la población transgénero no podían ser estudiadas por la Corte dado que no surgieron de lo expuesto por la ciudadana demandante, sino, se reitera, de lo considerado por algunos intervinientes. Al

respecto, este Tribunal ha señalado que:

“De este modo se tiene que la intervención ciudadana en los procesos de control abstracto de normas es un derecho ciudadano expresamente consagrado en la Constitución y por virtud del cual la Corte, para decidir, debe tener en cuenta las intervenciones que se hayan presentado en debida forma. Sin embargo, específicamente en los eventos de procesos iniciados en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los intervinientes no pueden pretender que el pronunciamiento de las Corte se extienda a disposiciones no demandadas, sin perjuicio de que puedan plantear la existencia de unidad normativa. Cuando ello ocurra, la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre las disposiciones no demandadas, salvo que, de manera excepcionalísima, la Corte encuentre necesario integrar la unidad normativa. Del mismo modo, en esos procesos, el objeto propio de las intervenciones ciudadanas es coadyuvar o impugnar la demanda y, aunque pueden plantear cargos distintos a los presentados por el demandante, los mismos no tienen carácter vinculante y constituyen una mera invitación para que la Corte -en ejercicio de su competencia para, a partir de un cargo apto de inconstitucionalidad, examinar la norma demandada a la luz de todo el ordenamiento constitucional- decida pronunciarse sobre los mismos.”[119]

En tal sentido, en mi concepto el escrito de demanda es muy importante en procesos de constitucionalidad, pues da inicio a un proceso participativo; porque delimita y orienta la discusión; y preserva el principio democrático que se refleja en las decisiones del Legislador.

En este caso, dado que las referidas tensiones no se expusieron en la demanda, las instituciones involucradas y la sociedad en general no tuvieron la oportunidad de aportar sus elementos de juicio y, por lo tanto, una decisión de fondo desconocería la etapa de construcción de un diálogo constitucional sobre la regulación adecuada de las identidades en tránsito, esto es, del derecho a la identidad de género ante el cumplimiento del deber de prestar el servicio militar obligatorio.

En estos términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[1] Folios 31 a 33.

[2] Folios 140 a 142.

[3] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[4] Mediante oficio del 26 de noviembre de 2018, la Magistrada Ponente atendió la solicitud en los siguientes términos: “no es posible acceder a su petición porque de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 2067 de 1991 y el artículo 49 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, la acumulación de expedientes solo es posible en el momento del reparto, es decir, previa admisión... // En consecuencia, en la actualidad cada expediente cuenta con autonomía procesal y será decidido según los términos previstos en el Decreto 2067 de 1991.” (Fl. 130).

[5] “Esto por cuanto, la libreta militar es exigida para acceder a cargos públicos y empleos privados, graduarse de universidades y suscribir contratos con el Estado. La negación de estos derechos fundamentales se traduce en un círculo de pobreza y violencia que afecta desproporcionada y gravemente a las personas transgénero.” Fl. 12.

[6] “Tratar a las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento como hombres para efectos del servicio militar obligatorio genera consecuencias victimizantes y viola sus derechos fundamentales y en el momento del reclutamiento se pueden producir tratos humillantes tales como desnudez en público y el trato patologizante en el examen médico, cambio de vestimentas y apariencia física que no correspondan con su identidad de género, insultos y tratos denigrantes por parte de miembros de las fuerzas militares y otros conscriptos lo cual implica un trato discriminatorio.” Fl. 12.

[7] La demandante se refiere al alcance que esta Corte le ha dado a los principios de dignidad (cita la T-401 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); e, identidad y, en concreto, identidad sexual (se refiere a la T-477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero); así como a algunas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto

(Gelman vs. Uruguay, Contreras vs Salvador y Atala Rizzo y niñas vs Chile).

[8] M.P. Fabio Morón Díaz.

[9] Fl. 11.

[10] Citó para el efecto lo sostenido por esta Corporación en las sentencias C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; y, C-373 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[11] Se refiere especialmente a la Sentencia T-301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[12] Como sustento de esta categoría cita la providencia C-371 de 2000. Carlos Gaviria Díaz.

[13] Sentencias T-675 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-099 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-063 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; T-918 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-876 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

[14] La intervención se allegó mediante apoderada. Fls. 300 a 315.

[15] Cita la Sentencia T-099 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[16] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[17] Además de las intervenciones que se sintetizan en este acápite, se recibió escrito de la Organización Women's Link Worldwide en razón de la invitación a participar en el proceso que se efectuó en el Auto Admisorio de la demanda. No obstante, manifiesta que en sus líneas de investigación no se encuentran los derechos de las personas transgénero y, por lo tanto, no emiten concepto alguno. Fls. 98 y 99.

[18] Fls. 90 a 97.

[19] Para fundar su postura, la Universidad cita en reiteradas oportunidades lo afirmado por la Corte Constitucional en las sentencias T-099 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-450 A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

[20] Entre los principales resultados de la encuesta refieren: (i) el 59% de los partícipes ha realizado corrección del componente de sexo de su documento, acogándose al Decreto 1227 de 2015; (ii) el 76.1% de los hombres trans partícipes no desea prestar el servicio militar, entre las razones para no hacerlo, se destacan, entre otros, los potenciales riesgos para la integridad física, mental y sexual de los hombres trans al interior de las fuerzas militares, ausencia de garantías y adaptaciones para la inclusión de hombres trans dentro de la institución; (iii) el 47% de los partícipes han tenido que solicitar su libreta militar por distintas razones, entre las que se destacan la constante demanda del documento en espacios públicos, acceder a puestos de trabajo y obtener títulos de formación académica.

[21] Precisa la intervención: “De los encuestados, 47.5% manifestó haber tenido la necesidad de tramitar la libreta militar, sin embargo, tan solo el 25, 4% de los encuestados manifestó haber hecho algún tipo de trámite para conseguirla. Como podemos ver un porcentaje significativo de los hombres trans encuestados (22.1%) no tiene claridad de cómo hacer el trámite y temen ser discriminados o vulnerados en espacios como Unidades de Reclutamiento y Batallones”.

[22] Representado por Ana Lucía Rodríguez Mora y Angie Daniela Yepes García.

[23] En este contexto concluye la intervención “(...) no debe haber en cabeza de una mujer, sea cisgénero o transgénero, una obligación de prestación del servicio militar ni de la obtención de ningún documento que acredite su situación militar como resuelta, en la medida que esta no tiene la obligación constitucional de hacerlo. Adicionalmente, el hecho de que se ordene la obtención de la tarjeta de reservista militar para las mujeres transgénero viola la identidad de género de estas personas, en la medida que no se les estaría reconociendo plenamente como mujeres, sino que por el hecho de haberse realizado un cambio e identificarse con un sexo diferente al asignado al nacer, las hace diferentes de las mujeres cisgénero.”

[24] Representada por Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Kimberly Guzmán Gómez y Leidy Jazmín Ruiz Herrera.

[25] Cita las sentencias T-314 de 2011, T-918 de 2012, T-876 de 2012, T-476 de 2014, C-114 de 2017 y T-099 de 2015.

[26] Menciona los casos de Atala Rizzo v. Chile; Duque v. Colombia; Flore Freire v. Ecuador; y la OC- 024 de 2017.

[27] Refiere los casos L v. Lituania y Christine Goodwin v. Reino Unido.

[28] Representada por Lucía Carbonell López, Verónica Calvo Cortés y María Leticia Nariño.

[29] Se citan las sentencias T-918 de 2012, T-231 de 2013 y T-063 de 2015, entre otras.

[30] Representado por Soraya Gutiérrez Arguello, Jomary Ortegón Osorio y José Jans Carretero Pardo.

[31] En este ámbito solicitó acumular la demanda con el expediente D-12897 y realizar una audiencia pública.

[32] Folios 233 a 286.

[33] Sentencias C-539 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-634 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y, C-814 de 2014. M.P. Martha Victoria Sánchez Moncaleano.

[34] Los otros supuestos de excepción son: (i) no tener aptitud psicofísica, (ii) no existir cupo para la incorporación a las filas, y (iii) haber aprobado las tres fases de instrucción, y el año escolar en establecimientos educativos autorizados como colegios militares y policiales dentro del territorio nacional.

[35] Este pago puede exceptuarse en los casos regulados en el artículo 26, parágrafo 1 de la misma Ley.

[37] “El Estado debe reconocer la vulnerabilidad de los hombres trans y adaptar la institucionalidad castrense para que este grupo pueda prestar servicio militar y mientras eso pasa lo más razonable sería su inclusión dentro del grupo de hombres exonerados de prestar el servicio militar de manera obligatoria.”

[38] Por ejemplo, en contextos laborales, o ante las denominadas batidas policiales.

[39] “...los hombres trans que no definan su situación militar y no porten la libreta militar

corren el riesgo de quedar excluidos de un mercado laboral que les proporcione estabilidad y que garantice sus derechos a la dignidad y al mínimo vital. Esto se suma a las múltiples vulnerabilidades que ya sufren debido a la discriminación estructural que afecta a las personas con identidad de género diversa y contribuye a la situación de pobreza a la que están sometidos.”

[40] La intervención parte, en este acápite, de sintetizar el alcance y requisitos para su configuración de acuerdo a la jurisprudencia constitucional. Citan las sentencias C-188 de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz; C-1009 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y, C-351 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[41] En comparación con la Ley 48 de 1993.

[42] Citan las sentencias C-058 de 1994 y T-465 de 2012, sobre la exoneración de los indígenas por pertenecer a una minoría protegida, y la necesidad de preservar y conservar las comunidades étnicamente diferenciadas; T-932 de 2013, según la cual algunas causales tienen por objeto proteger la familia, económica y emocionalmente; T-259 de 2017, que destaca la protección constitucional sobre las convicciones o creencias filosóficas, religiosas, entre otras, y, por tanto, la exoneración fundada en la objeción de conciencia; y, T-049 de 2018, en la que se afirmó que motivos relacionados con las circunstancias de indefensión y vulnerabilidad -como el caso de varones víctimas de desplazamiento- también justifican este trato diferenciado.

[43] “... los hombres trans y los hombres cisgénero parten de una desigualdad material: sus cuerpos no serían vistos y tratados de la misma forma en un contexto militar. De allí que los hombres trans teman prestar el servicio militar obligatorio (aún cuando muchos de ellos lo desean) y, por lo tanto, nunca definan su situación militar. Así, la forma de definir la situación militar tampoco es igual para los hombres trans y para los hombres cisgénero. Para estos últimos no genera inseguridad o amenaza alguna, mientras que, para los hombres trans, genera angustia, temor, rechazo y, en caso de que sean escogidos para prestar servicio militar, un grave riesgo a su identidad.”

[44] “La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.”

[45] “Este grupo de mujeres trans deberán, en consecuencia, agotar trámites e inspecciones médicas ante las autoridades castrenses y, en ocasiones, tendrán que pagar para obtener una tarjeta que, irónicamente, las identificará como integrantes del sexo masculino.”

[46] Para analizar la lesión del derecho a la dignidad, los intervinientes fundaron sus apreciaciones en varias sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas, las siguientes: sentencias T-477 de 1995, T-062 de 2011, T-675 de 2017 y T-143 de 2018.

[47] Fundan su intervención en este aspecto en las sentencias SU-337 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero; y, C-336 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. “Su efecto normativo, en consecuencia, es negar la construcción identitaria soberana de un grupo de mujeres trans y asimilarlas a los miembros del sexo masculino, sin ofrecer razones de índole constitucional para ignorar la decisión vital que adoptaron consciente y legítimamente.”

[48] Aplicable solo a mujeres trans mayores de 18 años.

[49] Se refiere, entre otras, a las sentencias T-099 de 2015, C-584 de 2015, C-006 de 2016 y T- 476 de 2014.

[50] La argumentación en este caso es de exclusión y se propone redactar la causal como “identidad de género diversa”.

[51] Artículo 11 de la Ley 1861 de 2017.

[52] Artículos 4, 23 Parágrafo, 25, 35, 36 y 52 a 54 ibídem. También es de advertir que la condición de reservista, con tarjeta de primera clase o segunda clase, se ostenta desde que se define la situación militar hasta los 50 años. Solo en el caso de los objetores de conciencia, quienes definan su situación militar no se considerarán reservistas.

[53] Esta prestación puede tener lugar en una de las siguientes condiciones: soldado del Ejército, Infante de Marina en la Armada Nacional, Soldado de Aviación en la Fuerza Aérea, Auxiliar de Policía en la Policía Nacional y Auxiliar del INPEC, artículo 15 ibídem.

[54] Específicamente, según el artículo 23 parágrafo ibídem, la incorporación de los

colombianos aptos solo puede adelantarse en dicho rango etario.

[55] Los artículos 18 a 21 ibídem regulan estas valoraciones.

[56] Las funciones y organización del Servicio de Reclutamiento se encuentran previstas en el Título I de la Ley 1861 de 2017, artículos 5 a 10.

[57] El parágrafo1 del artículo 17 ibídem prevé que “Los planteles educativos informarán a los estudiantes de grado 11º o su equivalente al último año de educación media vocacional, el deber de definir su situación militar. Los planteles educativos con la ayuda de los Ministerios de Defensa y de Educación Nacional, buscarán que se informe a los estudiantes de último grado sobre las causales de exención al servicio militar, así como su derecho a la objeción de conciencia al servicio militar.”

[58] Hasta el 30 de noviembre, artículo 17 parágrafo 2 ibídem.

[59] Artículo 23 de la Ley 1861 de 2017: “[c]umplidos los requisitos de ley, los conscriptos aptos elegidos se citan en el lugar, fecha y hora determinados por las autoridades de Reclutamiento, con fines de selección e ingreso, lo que constituye su incorporación a las filas para la prestación del servicio militar.”

[60] Artículo 25 ibídem: “[c]lasificación. Es el acto por medio del cual la autoridad de reclutamiento determina que un ciudadano no puede ser incorporado por:

1. Encontrarse inmerso en una causal de exoneración establecidas en el artículo 12 de la presente ley.
2. No tener la aptitud psicofísica para la prestación del servicio.
3. No haber cupo para su incorporación a las filas.
4. Haber aprobado las tres fases de instrucción, así como el año escolar en establecimientos educativos autorizados como colegios militares y policiales dentro del territorio nacional.”

[61] Ver el título VI, “[d]e las infracciones y sanciones”, Capítulo I, “[i]nfracciones y sanciones”, artículo 46.

[62] El artículo 11 ibídem solo prevé esta obligación a “todo varón colombiano”.

[63] (i) Proyecto de Ley número 101 de 2015 Cámara; presentado por la Representante María Eugenia Triana Vargas y el Senador Mauricio Aguilar Hurtado; Gaceta 650 de 3 de septiembre de 2015. (ii) Proyecto de Ley número 154 de 2015 Cámara; presentado por el Ministerio de Defensa Nacional; Gaceta 891 de 6 de noviembre de 2015.

[64] Al respecto, en la exposición de motivos que acompañó la radicación de estos proyectos se lee: (i) Proyecto de Ley 101 de 2015 Cámara: “[p]odemos determinar que la Ley 48 de 1993, merece urgente una reestructuración, ya que las diferentes jurisprudencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia, han llevado a que se presenten nuevos cambios, ya que esta ley, es un instrumento valioso que le permite al Estado, mediante el reclutamiento de sus nacionales, mantener la seguridad, la soberanía, la gobernabilidad y la independencia de sus instituciones. Con este proyecto se busca fortalecer y focalizar el tema de derechos humanos del Gobierno nacional...” (ii) Proyecto de Ley 154 de 2015 Cámara: “[p]or eso se presenta ante el Honorable Congreso de la República un proyecto de ley que, en resumen: // iv) Se actualizan las causales de exoneración de la prestación del servicio miliar y las exenciones del pago de la cuota de compensación militar a las personas que las leyes y la jurisprudencia han ido calificado como exentas de esta obligación constitucional...”

[65] Gaceta 189 de 26 de abril de 2016. Tanto en el primer debate como en el segundo debate ante la Plenaria de la Cámara se presentaron informes de ponencia positivo y negativo; sin embargo, en las dos oportunidades, el segundo no fue acogido. Ver las gacetas 638 de 2016 (primer debate) y 900 de 2016, 901 de 2016 y 36 de 2017 (segundo debate).

[66] Página 5, Gaceta 189 de 2016.

[67] Páginas 34 y 35 de la Gaceta 36 de 2017. Propuesta del Representante Humphrey Roa Sarmiento.

[69] Tomado de la Opinión consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[70] Cfr. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta plus 10, de 10 de noviembre de 2017, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 22.

[71] Opinión consultiva OC-24/17, ya citada.

[72] Ibídem.

[73] Ver entre otras, las sentencias C-1095 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-1143 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-405 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-128 de 2011. M.P. Juan Carlos Hena Pérez; C-673 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-658 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; y, C-148 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

[74] Concretando los mandatos previstos en los artículos 1, 2 y 3 de la C.P. Ahora bien, el artículo 40.6 expresamente prevé como derecho político la interposición de acciones públicas en defensa de la Constitución.

[75] Artículos 114 y 150 de la C.P.

[76] Sentencia C-304 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[77] Ver, entre otras, las sentencias C-980 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-501 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[78] Consultar, entre otras, las sentencias C-236 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; y, C-170 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[79] Consultar, entre otras, las sentencias C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-1115 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[80] Consultar, entre otras, las sentencias C-509 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-237 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero;

y, C-426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[81] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[82] Sentencia C-568 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[83] Sentencia C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[84] Sentencia C-504 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz.

[85] Ver, entre otras, la Sentencia C-353 de 1998. Antonio Barrera Carbonell.

[86] Consultar, entre otras, la Sentencia C-357 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[87] En la Sentencia C-894 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se afirmó que: la propia jurisprudencia ha dejado claro, que la Corte se encuentra habilitada para adelantar un nuevo estudio de procedibilidad de la demanda en la Sentencia, cuando de la valoración de los elementos fácticos allegados al proceso, se infiere una inobservancia de los requisitos mínimos de procedibilidad en la acusación, que a su vez no permite delimitar el ámbito de competencia de la Corte para pronunciarse. Se ha explicado al respecto, que en esa instancia procesal, el análisis resulta de mayor relevancia, si se tiene en cuenta que para ese momento, “además del contenido de la demanda, la Corte cuenta con la opinión expresada por los distintos intervinientes y con el concepto del Ministerio Público, quienes de acuerdo con el régimen legal aplicable al proceso de inconstitucionalidad, [sólo] participan en el juicio con posterioridad al auto admisorio.”

[88] La Sentencia C-543 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, A.V. Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo) sentó las bases del examen que esta Corporación realiza actualmente para determinar si existe una omisión legislativa relativa y planteó la diferencia entre omisiones legislativas absolutas y relativas, tal y como perdura en la jurisprudencia hasta la actualidad. Antes de que fuera proferida la providencia mencionada, la Corte ya había encontrado que existía la posibilidad de que se declarara la “inconstitucionalidad por omisión” del Legislador y no solo por acción. Ver, por ejemplo, las sentencias C-108 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara; C-555 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y C-188 de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz. Desde el momento

en que fue proferida la Sentencia C-543 de 1996 ya mencionada, la postura aquí expuesta ha sido reiterada de manera pacífica, entre muchas otras, en providencias como las siguientes: C-405 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz; C-407 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-067 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, S.V. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-427 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-1255 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, A.V. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil; C-809 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, A.V. Jaime Araújo Rentería; C-157 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-371 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-1266 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-192 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-864 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-029 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-942 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-100 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; C-911 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo; C-330 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. A.V. Luis Ernesto Vargas Silva; C-833 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa, A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, S.V. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-767 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-658 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, S.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Gloria Stella Ortiz Delgado; C-401 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, A.V. Luis Ernesto Vargas Silva; C-352 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; C-359 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís, S.V. Alberto Rojas Ríos; C-133 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; y C-191 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[89] En la Sentencia C-543 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, A.V. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, y José Gregorio Hernández Galindo), hito en la jurisprudencia sobre clasificación de omisiones legislativas.

[90] Esta es la interpretación sobre la competencia de la Corte para pronunciarse sobre omisiones legislativas relativas, pero no sobre las absolutas que la Sentencia C-543 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, A.V. Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo) estableció y que ha sido reiterada desde entonces. Entre otras múltiples providencias, ver las sentencias C-407 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-867 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz, A.V. José Gregorio Hernández Galindo; C-1549 de 2000. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; C-246 de 2001. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-402 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería; C-1125 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-178 de 2005. M.P. Manuel

José Cepeda Espinosa; C-045 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-100 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-1083 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo; C-578 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-647 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-619 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-489 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango, A.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Humberto Antonio Sierra Porto, S.P.V. Luis Ernesto Vargas Silva; C-841 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos, A.V. Alberto Rojas Ríos; C-359 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís, S.V. Alberto Rojas Ríos; C-110 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, A.V. Carlos Bernal Pulido; y C-188 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[91] Los escenarios genéricos que se plantean aquí han sido utilizados por la Corte Constitucional para ilustrar el concepto de omisión legislativa relativa desde la Sentencia C-543 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, A.V. Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo). Ver, por ejemplo, las sentencias C-407 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-029 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-767 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-584 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva; C-401 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y C-010 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, S.V. Alejandro Linares Cantillo. Con respecto al segundo escenario, la misma Sentencia C-543 de 1996 suministró un ejemplo de un evento en el que se configuraría una omisión legislativa relativa por no incluir un elemento o ingrediente que resulta esencial para armonizar la norma con la Constitución: “v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa”. Con base en este ejemplo, algunas providencias le han dado preponderancia a este escenario específico del derecho a la defensa dentro de las posibles circunstancias en que existiría una omisión de las mencionadas. Al respecto, la Sentencia C-407 de 1998 citada anteriormente aclaró, menos de dos años después de que fue proferida la C-543 de 1996, que “[e]sta situación ha conducido a algunos a señalar que las omisiones legislativas relativas que podrían ser objeto de conocimiento por parte de la Corte, a través de la acción de inconstitucionalidad, se reducen a los casos relacionados con los derechos de igualdad y del debido proceso. || Sin embargo, el texto de la sentencia no perseguía restringir el ámbito de aplicación de la figura de las omisiones legislativas relativas, sino simplemente ilustrar dos situaciones en las cuales ellas se presentan con relativa frecuencia”.

[92] La Sentencia C-427 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, tiene carácter fundacional en relación con la introducción de estos cinco requisitos, que los planteó de la siguiente manera: “esta Corporación ha definido que para que el cargo de inconstitucionalidad por omisión pueda prosperar, es necesario que se cumplan determinados requisitos, que se pueden sintetizar de la siguiente manera: a) que exista una norma sobre la cual se predica; b) que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador”. La Sentencia C-185 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) estableció la formulación de este test que ha sido, en términos generales, reiterada continuamente hasta la actualidad: “Ahora bien, para efectos de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”. Este es el test de cinco pasos que ha sido incorporado en las consideraciones de la mayoría de sentencias en las que se ha analizado el tema. Por ejemplo, ver las siguientes providencias: C-311 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-155 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1009 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, S.V. Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández; C-930 de 2006. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-831 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-507 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; C-647 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-127 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; C-911 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo; C-120 de 2013. M.P. Nilson Pinilla

Pinilla, A.V. Jorge Iván Palacio Palacio, Alexei Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva, S.P.V. Mauricio González Cuervo y Nilson Pinilla Pinilla; C-031 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, A.V. Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Alberto Rojas Ríos, S.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-497 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; C-233 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-494 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, A.V. María Victoria Calle Correa, Alejandro Linares Cantillo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva, S.V. Alberto Rojas Ríos; C-658 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, S.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Gloria Stella Ortiz Delgado; C-341 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos, S.V. Cristina Pardo Schlesinger; C-359 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís, S.V. Alberto Rojas Ríos; C-389 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, A.V. Alejandro Linares Cantillo; C-676 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido; C-110 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; C-121 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-134 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo; C-188 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; y C-220 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo, A.V. Carlos Bernal Pulido, S.V. Alberto Rojas Ríos.

[93] Sentencia C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[94] Sentencia C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[95] Sentencia C-427 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[96] Sentencia C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[97] Sentencia C-427 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[98] Sentencia C-427 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[99] Sentencia C-833 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa, A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, S.V. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Esta variación ya había sido planteada, en exactamente los mismos términos, en la Sentencia C-100 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa, A.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, S.V. Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto). Tal interpretación fue construida por la Sala Plena en esas ocasiones con base en las sentencias C-371 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y C-800 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra, S.V. Rodrigo Escobar Gil y Álvaro Tafur

Galvis). Las siguientes providencias, por ejemplo, han incorporado esta alternativa del test: C-010 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, S.V. Alejandro Linares Cantillo; C-133 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; C-085 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, A.V. Alberto Rojas Ríos; y C-191 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[100] Sentencia C-352 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[101] Sentencia C-352 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[102] Sentencia C-352 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Esta versión del test ha sido incorporada, adicionalmente en las recientes sentencias C-088 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y, C-083 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, A.V. Alejandro Linares Cantillo y Carlos Bernal Pulido, S.P.V. Diana Fajardo Rivera. Esta postura había sido anticipada por el Magistrado Alejandro Linares Cantillo en su aclaración de voto a la Sentencia C-389 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[103] Sentencia C-083 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, A.V. Alejandro Linares Cantillo y Carlos Bernal Pulido, S.P.V. Diana Fajardo Rivera.

[104] Sentencia C-083 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, A.V. Alejandro Linares Cantillo y Carlos Bernal Pulido, S.P.V. Diana Fajardo Rivera.

[105] Sentencia C-088 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[106] Sentencia C-088 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[107] Destaca nuevamente la Sala que, expresamente, en el escrito de demanda se precisó por la accionante lo siguiente: “Sección Tercera – Cargo único. I. La Omisión Legislativa Relativa. Se acusa entonces a la Ley 1861 de 2017 de que por vía de la omisión legislativa relativa sus distintas disposiciones vulneran los artículos 13, 16 y 21 de la Constitución Nacional, ya que genera un servicio de reclutamiento que vulnera los derechos de Las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento.” (Folio 13).

[108] Folios 3 y 4.

[109] En reciente decisión la Sala Plena reiteró este criterio al recoger las reglas sobre aptitud de la demanda. Ver la Sentencia C-292 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en la que se citó la Sentencia C-194 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en los siguientes términos: “Al respecto debe insistirse en que el carácter público de la acción de inconstitucionalidad y la naturaleza taxativa de las modalidades de control automático, impiden a la Corte pronunciarse sobre asuntos que no hayan sido formulados por los demandantes. Esta restricción opera en el presente proceso incluso frente a lo planteado por los intervinientes ciudadanos. Esto debido a, al menos, dos razones principales. En primer lugar, el debate democrático y participativo solo puede predicarse de aquellos argumentos contenidos en la demanda, respecto de los cuales los distintos intervinientes y el Ministerio Público pueden expresar sus diversas posturas. En segundo término, aunque es evidente que las intervenciones ciudadanas son útiles para definir e ilustrar el asunto debatido, carecen de la virtualidad de configurar cargos autónomos y diferentes a los contenidos en la demanda”.

[110] Demanda. Folio 12, párrafos 1 y 2.

[111] “La normatividad citada no contempla si Las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento se encuentran o no obligadas a prestar el servicio militar. Con lo cual, este vacío normativo pone a esta población en una situación de indeterminación respecto de la definición de su situación militar, lo cual genera graves consecuencias ya que la libreta militar se exige como un requisito para acceder al mercado laboral, de manera que quienes no poseen este documento deben enfrentar múltiples obstáculos para vincularse en la mayoría de los empleos, en particular en los formales.” Demanda. Folio 11, párrafo 4.

[112] Folio 7, párrafo 3.

[114] La Sala reitera que la accionante sostiene en su escrito que “[l]a normatividad citada no contempla si Las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento se encuentran o no obligadas a prestar el servicio militar. Con lo cual, este vacío normativo pone a esta población en una situación de indeterminación...”. Folio 11, párrafo 4.

[115] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[116] En el marco de la Ley 48 de 1993, la Corte profirió las sentencias C-584 de 2005. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-006 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, en las que la decisión fue inhibitoria porque, en algún sentido, se evidenciaron deficiencias argumentativas al desconocer que en la jurisprudencia de la Corte se ha considerado que las mujeres transgénero, para efectos del servicio de reclutamiento, reciben un trato similar al de mujeres cisgénero.

[117] Folio 13, párrafo 2.

[118] Folio 12, párrafo 3.

[119] Sentencia C-1155 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.