

C-584-15

Sentencia C-584/15

SERVICIO DE RECLUTAMIENTO Y MOVILIZACION-Servicio militar obligatorio y obligación de definir la situación militar

SERVICIO DE RECLUTAMIENTO Y MOVILIZACION-Inhibición por ineptitud sustancial de la demanda por falta de carga argumentativa mínima y suficiente

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

CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD-Alcance de los fallos de tutela

FALLOS EN SEDE DE REVISION-Ratio decidendi de sentencias de tutela vinculan a las partes y operadores jurídicos

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Carácter abstracto

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD ABSTRACTA-Adopción en consideración a reglas jurisprudenciales en sentencias de tutela

REGLAS DE PROTECCION A IDENTIDAD DE GENERO Y ORIENTACION SEXUAL FRENTE AL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE LAS MUJERES-Jurisprudencia constitucional

OMISION LEGISLATIVA-Carácter relativo

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Alcance/OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Formas

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Requisitos

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Manifestación del derecho fundamental a la participación ciudadana

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cumplimiento de requisitos argumentativos mínimos e inobservancia del principio pro actione

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

Referencia: Expediente D-10.628

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 10, 14, 23, 24, y 25 de la Ley 48 de 1993, “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”

Actor: Julián Arturo Polo Echeverry

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil quince (2015)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, quien la preside, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, establecida en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Julián Arturo Polo Echeverri demandó los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993, “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”.

Siguiendo las reglas de reparto del Decreto 2067 de 1991, el presente asunto fue asignado inicialmente al Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Así, mediante Auto de veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015), el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para los efectos de su competencia. En la misma providencia ordenó comunicar la iniciación del proceso al Congreso de la República, al

Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Defensa Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso, con el propósito de impugnar o defender la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

Además, invitó al Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la organización Dejusticia, al Comandante General de las Fuerzas Militares y a los decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades de Antioquia, del Atlántico, del Rosario, Externado de Colombia, del Norte, Pontificia Javeriana, del Sinú, Industrial de Santander, San Buenaventura, Andes, Libre, Gran Colombia, EAFIT, Pontificia Bolivariana, Santo Tomás, Sergio Arboleda, del Valle y Autónoma de Bucaramanga, para que intervinieran dentro del proceso, con la finalidad de rendir concepto sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procedió a decidir acerca de la demanda de la referencia en su Sala Plena del 8 de septiembre de 2015. Sin embargo, el proyecto de fallo presentado por el Magistrado Mendoza Martelo fue derrotado por la mayoría de los integrantes del Tribunal así que, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 34.8 del Reglamento Interno de la Corporación[1], la elaboración de la sentencia correspondió a la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

II. LOS TEXTOS DEMANDADOS

A continuación se transcriben los artículos 10, 14, 23, 24, y 25 de la Ley 48 de 1993, según su publicación en el Diario Oficial N.º 40777 de 4 de marzo de 1993 y se subrayan los apartes demandados.

“LEY 48 DE 1993

Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización

El Congreso de la República de Colombia,

DECRETA:

TITULO II

De la situación militar

CAPITULO I

Servicio militar obligatorio

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

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

CAPITULO II

Definición situación militar

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

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

su incorporación a la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército, único organismo con facultad para cumplir tal actividad.

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

CAPITULO III

Situaciones especiales

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

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

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

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

III. LA DEMANDA

El demandante considera que los preceptos objeto de censura constitucional, contenidos en los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993, contravienen los artículos 13 y 16 de la Constitución Política.

Sostiene que las disposiciones acusadas incurren en una omisión legislativa, al no regular la prestación del servicio militar obligatorio de las personas transexuales o transgeneristas, pues dichas normas solo hacen referencia a los géneros de varón y mujer. Lo anterior implica que las personas transexuales o transgeneristas se ven obligadas a adoptar el

género definido por naturaleza y no con el que social y psicológicamente se identifican para poder definir su situación militar y, con ello, obtener un documento público que les permita celebrar contratos con entidades públicas, ingresar a la carrera administrativa, tomar posesión de cargos públicos, obtener un grado como profesional en cualquier centro de educación superior y finalmente, conseguir un empleo formal.

En ese orden de ideas, los artículos demandados, al no definir la forma de prestación del servicio militar para las personas que presentan diversidad de género, vulneran los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de las mismas, pues éstas sintiéndose y viéndose como mujeres deben someterse al proceso de incorporación militar en el que tienen que soportar todo tipo de tratos discriminatorios.

Refiere que las mujeres transexuales no tienen opción, de conformidad con las normas acusadas, de definir su situación militar, pues aun cuando para los varones prestar el servicio es obligatorio, estas personas no se consideran varones. Ahora, si bien para las mujeres dicho servicio es voluntario, para las mujeres transexuales no lo es, por cuanto su documento los identifica con el sexo masculino. Dicha situación obliga a la mencionada población a aislarse de la sociedad productiva, laboral y académica.

Afirma que las mujeres transexuales o transgeneristas no cuentan con una opción dentro de la ley que define la obligatoriedad del servicio militar para varones y la voluntariedad que predica para las personas del sexo femenino, dejándolas huérfanas de regulación, con todos los efectos sociales y laborales que ello implica.

De conformidad con lo expuesto, el ciudadano Julián Arturo Polo Echeverri solicita a esta Corporación armonizar los preceptos normativos demandados con el espíritu de la Constitución Política, respecto de las garantías de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad.

IV. INTERVENCIONES

Vencido el término de fijación en lista, y en cumplimiento de lo ordenado en Auto de 26 de febrero de 2015, la Secretaria General de esta Corporación informó que, de acuerdo con las comunicaciones libradas, se recibieron los siguientes escritos de intervención:

1. Ministerio de Defensa Nacional

Sandra Marcela Parada Aceros, actuando como apoderada del Ministerio de Defensa Nacional solicita declarar EXEQUIBLES las disposiciones acusadas. La representante, aduce que según los artículos 2° y 216 de la Constitución Política que establecen imperativo tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, la obligación de colaborar con las fuerzas armadas, o prestar el servicio militar, se encuentra vinculada a la necesidad de que las personas cuyos derechos y libertades se hallan garantizados por el ordenamiento constitucional colombiano, participen en la defensa de la soberanía, en el mantenimiento de la integridad del territorio, la salvaguarda de la paz y la vigencia de las instituciones.

Afirma que a menos que se configure una de las causales legales de exención, la prestación del servicio militar es un deber ineludible de la persona, que tiene su fundamento en el principio constitucional de prevalencia del interés general y que se exige a los nacionales como expresión concreta de la obligación genérica, a todos impuesta, de cumplir la Constitución y las leyes.

Indica que la Corte Constitucional, en sentencia T-476 de 2014, señaló que las personas con identidad transgenerista no están excluidos de los procesos adelantados por las autoridades de reclutamiento, sino del requisito exigido en la Ley 48 de 1993 que les impide vincularse laboralmente a quienes no hayan definido su situación militar.

2. Universidad Libre

Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá y Claudia Patricia Orduz Barreto, Profesora del Área de Derecho Penal, intervienen dentro del proceso de la referencia para solicitar a la Corporación que se INHIBA de conocer la demanda objeto de estudio, porque no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991, pues el actor no indica las razones por las cuales las disposiciones acusadas desconocen los artículos 13 y 16 de la Constitución Política.

No obstante, consideran que existe un vacío en las normas demandadas respecto del procedimiento que se debe aplicar a las personas transgénero en relación con el servicio militar obligatorio. Esto implica que la mujer transgénero, en el proceso de reclutamiento

puede ser victimizada, humillada y despreciada. Por lo anterior, estiman que la prestación del servicio militar en las personas transgénero no debe ser obligatorio sino voluntario, así mismo, tampoco se les debe exigir la obtención de la libreta militar.

3. Universidad Externado de Colombia

Marcelo Lozada Gómez, Investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, solicita a la Corte Constitucional declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de las disposiciones acusadas en el entendido de que las personas con identidades de género diversas no se incluyan dentro de la alusión legal del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 a “todo varón”.

Considera que en el caso objeto de estudio se configura una omisión legislativa relativa por cuanto, en primer lugar, existe una norma sobre la cual se predica el cargo; a saber la Ley 48 de 1993, particularmente, en sus artículos 10 y 14, en los que es clara la falta de regulación sobre el servicio militar para las personas transgénero. En segundo lugar, las normas impugnadas excluyen a un grupo poblacional que, por sus características particulares, debe tener una regulación especial en la ley. En tercer lugar, la exclusión de la comunidad transgénero de la regulación de la Ley 48 de 1993 carece de toda razón y en cuarto lugar, dicha omisión impone un trato discriminatorio.

Señala que las normas demandadas implican que una mujer transgénero sea obligada a cumplir con una exigencia propia del género masculino, con el cual ella no se identifica en ejercicio de su autodeterminación, para conseguir una vinculación laboral. Dicho requisito discrimina a las mujeres transgénero respecto de las demás mujeres.

Por último, recuerda que ni el Estado ni la sociedad se encuentran habilitados para obstruir el libre proceso de formación de una específica identidad sexual, pues ello conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente.

4. Universidad Santo Tomas

5. Colombia Diversa

Mauricio Albarracín Caballero, Eliana Robles Pallares y Máviló Nicolás Giraldo, miembros de

Colombia Diversa, manifiestan que el requisito de presentar la libreta militar constituye un obstáculo para que las personas transgénero puedan acceder al mercado laboral formal, lo que legitima el círculo vicioso de pobreza, de violencia legal y administrativa contra las identidades de género diversas.

Sostienen que ninguna institución, autoridad estatal, organización, o persona individual está autorizada a imponerle a otra persona su propia identidad de género, pues este hecho hace parte de la esfera de los derechos fundamentales individuales de cada persona. En este sentido, cuando se le exige a una mujer transgénero el requisito de presentación al ejército, ser sometida a procedimientos de reclutamiento, ser objeto de batidas, hacer el pago de compensación militar, pagar multas, exigirle la libreta militar para acceder al mercado laboral o acceder a un cargo público se le violan sus derechos a la dignidad, la libertad y la autonomía.

Afirman que la carencia de un marco jurídico claro que proteja y garantice los derechos de las personas transgénero en Colombia se traduce en múltiples violaciones a sus derechos humanos en todos los ámbitos de su vida en sociedad. Es urgente, que el ordenamiento jurídico colombiano establezca parámetros claros para que el Estado reconozca como válida la identidad de género de todas las personas según su más profunda vivencia “identitaria”, incluyendo la de las personas transgénero.

Consideran que las normas demandadas desconocen la diversidad de género que protege el ordenamiento jurídico colombiano, pues restringe arbitrariamente a una categorización binaria y limita la posibilidad que tienen los ciudadanos colombianos de identificarse y determinarse de acuerdo con sus vivencias y proyectos de vida, los cuales son independientes de la asignación de género que se otorga al nacer con base en un criterio cientificista y biologicista.

La imposición de una identidad de género como la que supone la Ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización, vulnera los derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad y la autodeterminación de todas aquellas personas que gozan de identidades de género no normativas, disidentes de la norma hetero centrada.

De conformidad con lo expuesto, solicitan a la Corte Constitucional declarar la

EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de las disposiciones acusadas en el sentido de reconocer la diversidad de género de las personas transgénero y en consecuencia establecer que el servicio militar sea voluntario para las mujeres transgénero.

6. Universidad de San Buenaventura

Hernando Uribe Vargas, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Económicas de la Universidad de San Buenaventura le solicita a la Corte declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de las normas demandadas. Refiere que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, las recomendaciones y declaraciones de la comunidad internacional sobre los derechos y mecanismos para la protección y garantía que le asiste al grupo social transgénero, caracterizados por una identidad de género que resulta diferente a la clasificación tradicional de diferenciación hombre - mujer, dada exclusivamente por condiciones biológicas, demuestra la omisión legislativa expuesta por el demandante.

7. Universidad Autónoma de Bucaramanga

Ana Patricia Pabón Mantilla, Líder del Grupo de Investigación de Teoría del Derecho y Formación Jurídica, Diana Carolina Pinzón Mejía, Coordinadora de la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos, Flor Lilibiana Castellanos Bothía, miembro de la Clínica Jurídica Línea Género y Derecho y David Augusto Peña, Coordinador del Semillero de Investigación Epojé, adscritos a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, intervienen dentro del proceso de la referencia para solicitar a la Corporación que declare la OMISIÓN LEGISLATIVA.

Como consecuencia de la misma, piden a la Corte que condicione la interpretación de las normas acusadas, de tal forma que a las personas transgeneristas no se les exija la libreta militar para ningún efecto. Así mismo, piden que se exhorte al Congreso de la República para que expida una ley de identidad de género que señale de forma integral, los derechos y obligaciones de las personas trans.

Consideran que tratar a las mujeres transgénero como hombres para efectos del servicio militar, produce una discriminación que no corresponde con el Estado Social de Derecho y que trae como consecuencia la violación de la dignidad humana, de la igualdad y del libre desarrollo de la personalidad y en concreto de sus derechos fundamentales a la identidad

de género y al trabajo.

8. Universidad del Norte

Daniela Barros Ayazo y Geraldine Hernández, miembros del Grupo de Litigio de la Universidad del Norte estiman que en el caso del servicio militar, alguien que en ejercicio de su derecho a la identidad y construcción sexual se ha autodeterminado con un género distinto al que objetivamente le fue asignado al nacer en su registro civil, femenino en el caso de las mujeres transgénero, pero que continua ostentando en su documento de identidad el género masculino, según la Ley 48 de 1993, cumplir con el servicio militar obligatorio.

Sin embargo, en contra de ello, los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y los avances a nivel internacional en los derechos de las personas transgénero han sido enfáticos en que deben ser tratadas conforme al género que ellas han autodeterminado, lo que, sin duda, es muestra clara del vacío de la legislación referente a la situación de las personas transgénero frente a la prestación del servicio militar. Por lo anterior, solicitan que la Corte declare la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de las normas.

9. Intervención ciudadana

Carlos Andrés Pérez Garzón, ciudadano en ejercicio, interviene en el asunto de la referencia para solicitar a la Corte Constitucional que declare EXEQUIBLE CONDICIONADAMENTE las normas demandadas en el sentido de que se entienda por “varón” solo aquellas personas del género masculino que se identifiquen personal y públicamente como tales.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría General de la Nación, mediante concepto N.º 5904 de 23 de abril de 2015, solicitó a la Corte Constitucional declarar EXEQUIBLES los artículos 10º, 23 y 24 y los apartados demandados de los artículos 14 y 25 de la Ley 48 de 1993. Según el Ministerio Público, las disposiciones acusadas son acordes con el ordenamiento superior, por cuanto no existe una obligación constitucional de brindar un tratamiento diferencial a las personas, con fundamento en la ideología de género y en relación con la prestación del servicio militar obligatorio o con ningún otro asunto.

Para la Vista Fiscal, cuando el Legislador señala la obligatoriedad del servicio militar, acudiendo al criterio del sexo, señalando que están exceptuadas las mujeres y obligados los varones, establece como elemento de diferenciación un asunto biológico objetivo y no una referencia a la psicología, a la autonomía, o a ciertas características sociales de lo que se entiende por “varonil”.

Para la Procuraduría General de la Nación resulta evidente que el criterio de comparación utilizado por el legislador no fue lo que socialmente se entienda o pueda entender en un determinado momento por “varonil”, sino simplemente la pertenencia biológica al sexo masculino. De ello, resulta que si la Corte Constitucional llegase a estimar que la elección del sexo debe asimilarse a los elementos autonomistas de identificación de “género” y no al criterio biológico, lo que resultaría inconstitucional, no sería la omisión reprochada por el actor sino la simple distinción general entre varón (hombre) y mujer que se hace en la Ley, puesto que, en su lugar, debería acudirse a otros criterios como la estatura o la fuerza personal para excluir del servicio militar a determinadas personas.

Adicional a esto, afirma el Ministerio Público que no se advierte en el orden constitucional ni en las normas del bloque de Constitucionalidad ningún tipo de mandato en el sentido de asumir como parámetro de constitucionalidad la “orientación sexual” de las personas o la llamada “identidad de género”; y, aún más, considera que lo que sí se puede afirmar es que la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad asumen la categoría del sexo biológico como parámetro y criterio para regular asuntos tan relevantes como la familia, la prohibición de la discriminación y la igualdad de derechos y oportunidades, entre otros.

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

En efecto, según esta teoría estas diferencias son el producto de la cultura de una época y

lugar determinados, que le asigna a cada grupo de personas una serie de características que se explican por las conveniencias de las estructuras sociales de dicha sociedad. Y, como consecuencia de esto, entiende que lo masculino y lo femenino se reducen a “roles” que cada quien asume libremente según la orientación sexual que elija, por lo que el sexo biológico resulta absolutamente irrelevante a la hora de definir la identidad sexual de las personas.

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

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

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241.4 de la Carta Política[2], la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de una acusación de inconstitucionalidad contra preceptos que forman parte de una ley de la República.

Consideraciones previas

2. Como quiera que varios de los intervinientes solicitaron que la Corte se inhibiera de pronunciarse de fondo, la Sala abordará un análisis de los cargos para determinar si los mismos cumplen con los requisitos sustantivos para que se proceda con un examen de fondo. Así, la primera parte de estas consideraciones presentará un resumen de los cargos formulados por el actor y los argumentos expuestos por los intervinientes. En segundo lugar, la Sala explicará brevemente el carácter vinculante que tienen los fallos de tutela de este Tribunal en el análisis de constitucionalidad que realiza frente a las acciones públicas de constitucionalidad elevadas por los ciudadanos. En tercer lugar, se presentará un resumen de las principales reglas jurisprudenciales de la Corte con respecto a la protección de la orientación sexual y la identidad de género, particularmente frente a las obligaciones derivadas del servicio militar obligatorio. En cuarto lugar, se expondrá el alcance que esta Corporación le ha dado al concepto de omisión legislativa y la forma de superarla. Finalmente, se presentará una conclusión acerca de si los cargos presentados cumplen con los requisitos materiales señalados por el Decreto 2067 de 1991 y si, por lo tanto, es necesario entrar a evaluarlos de fondo.

Resumen de los argumentos presentados por el accionante y los intervinientes

3. El ciudadano Juan Arturo Polo Echeverri demandó los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993. Inicialmente, la demanda fue inadmitida, pero posteriormente fue corregida en término, por lo que, mediante Auto del 26 de febrero de 2015, fue admitida para dar inicio al proceso que pasa la Corte a resolver mediante esta Sentencia.

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

4. Para fijar el sentido de su demanda, el actor hace énfasis en que, según los términos de las disposiciones censuradas, la obligación de prestar el servicio militar les corresponde a los varones colombianos. Así, el artículo 10 señala que “todo varón colombiano está

obligado a definir su situación militar”, el artículo 14 preceptúa que “todo varón colombiano tiene la obligación de inscribirse para definir su situación militar”, el artículo 23 establece que “los varones colombianos residentes en el exterior definirán su situación militar”, el artículo 24 igualmente precisa que “los varones colombianos por adopción residentes en el país definirán su situación militar” y, por último, el artículo 25 hace recaer esa obligación en “los varones colombianos, por nacimiento, con doble nacionalidad”.

Tratándose de las mujeres, el párrafo del artículo 10, que también es objeto de demanda, indica que “la mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente y, en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley no importando la modalidad en que se presta el servicio”.

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

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

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

Puntualiza el actor que las mujeres transexuales carecen de opción distinta a la propiciada por los preceptos demandados, dado que, de conformidad con ellos, deben definir su situación militar de la manera como se ha establecido esta definición para los varones, sin que puedan acudir a la regulación prevista para las mujeres, porque siempre son identificadas “como de sexo masculino”, teniendo que “aceptar una condición de género diversa a la que libremente han escogido desde su perspectiva personal”, situación que las puede llevar a no “aceptar las opciones dadas por la ley”, lo que les acarrearía el aislamiento de la sociedad productiva, laboral o académica.

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

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

La Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá estima que la demanda es inepta, pero de conocerla, se puede condicionar la exequibilidad a que, tratándose de “las personas transgeneristas” el servicio militar no sea obligatorio, sino voluntario y a que, en su caso, no sea obligatorio tramitar la libreta militar ni aportarla para ejercer derechos laborales, educativos o de participación política. Por su parte, la Facultad de Derecho de la

Universidad Externado de Colombia conceptúa que “el legislador ha generado una discriminación de las mujeres transgénero respecto de las demás mujeres”, lo que evidencia la inconstitucionalidad del régimen de prestación del servicio militar vigente, por no tomar “en consideración la identidad de género particular a que tienen derecho todas las personas”.

Así mismo, la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás consideró que los preceptos censurados desconocen la Constitución, “pues el legislador omitió la diversidad sexual de la población transgénero y transexual” como motivo de exclusión del servicio militar, e invitó a la Corte a efectuar una interpretación condicionada “tendiente a extender para transgeneristas y transexuales la calidad de voluntario en la prestación del servicio militar”. A similar conclusión llegó Colombia Diversa, al solicitar la exequibilidad condicionada “en el sentido de reconocer la diversidad de género de las personas transgénero”, de inaplicar el requisito de la libreta militar tratándose de las mujeres transgénero que no se identifican ni auto reconocen como parte del género masculino y de predicar, para estas personas, la voluntariedad del servicio militar.

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

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

de la Ley 48 de 1993 que se refieren a las mujeres” y así debe declararlo la Corte.

6. Planteado el debate en los anteriores términos y habiéndose solicitado por varios intervinientes la inhibición de la Corte, entre otras razones, porque los cargos no son aptos para generar un debate constitucional en tanto que, distintas Salas de Tutela de esta Corporación, se han pronunciado sobre la vulneración de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de mujeres transgénero que deben regular su situación militar. En consecuencia, ahora a la Corte le corresponde realizar algunas consideraciones generales sobre el alcance que tienen los fallos de tutela en el control abstracto de constitucionalidad.

El alcance de los fallos de tutela en los procesos de revisión de constitucionalidad

7. En la demanda, y en buena parte de las intervenciones se pone de manifiesto que ya la Corte Constitucional, a través de sus Salas de Revisión, ha analizado casos que involucran la situación real de ciudadanos transgénero que se identifican como mujeres frente a la obligatoriedad del servicio militar y la expedición y porte de la respectiva libreta, en los cuales además ha debido interpretar la norma que ahora es objeto de reproche constitucional. De esta manera, resulta pertinente averiguar cuál es el alcance de los fallos de tutela que, interpretando la misma Constitución, los mismos derechos fundamentales involucrados y la misma norma legal, ahora exigen de la Corte un juicio abstracto de constitucionalidad de la ley.

8. Para algunos doctrinantes, los juicios concreto y abstracto de constitucionalidad presentan diferencias sustanciales que exigen su separación absoluta, pues se trata de niveles de análisis distintos y repercusiones prácticas disímiles. En efecto, mientras el control abstracto se limita a confrontar normas generales y a proferir decisiones con efectos erga omnes, el control por vía de tutela verifica la violación particular de derechos fundamentales y su efecto es exclusivamente en el caso concreto.

De hecho, en varias oportunidades, esta Corporación ha adoptado las decisiones de constitucionalidad abstracta en consideración con reglas jurisprudenciales elaboradas en sentencias de tutela. Por ejemplo, en la admisión de la posibilidad de demandas en contra de interpretaciones judiciales de leyes o en la incorporación del derecho viviente como objeto del control material de constitucionalidad de las leyes y, ya en el ámbito que ahora

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

9. Para traer a colación un caso ilustrativo de esta tendencia, baste recordar las acciones de tutela en las que se reclamó contra la práctica recurrente que consistía en no actualizar la primera mesada en el momento en que se hacía exigible una pensión, aduciendo que ésta se había causado años antes, cuando el peticionario recibía por concepto de salario una suma notablemente inferior a su equivalente actualizado. Mediante numerosas acciones de tutela fue cuestionada con éxito tanto la práctica como las decisiones judiciales que la avalaban y, esta Corte, por su parte, produjo la sentencia SU-120 de 2003[3] y luego pronunció en sede de control de constitucionalidad sobre este problema y a propósito de demandas ciudadanas en las que fueron cuestionados varios artículos del Código sustantivo del Trabajo atinentes a la pensión de jubilación y a la entonces denominada pensión-sanción.

Otro ejemplo de la relación que guarda el análisis que realiza el Tribunal en sus Salas de Revisión y el examen de constitucionalidad que se le encomendó a su Sala Plena, se encuentra en la jurisprudencia sobre el requisito de fidelidad para la pensión de invalidez. Dicha obligación de cotización mínima en el sistema de seguridad social fue objeto de diversos exámenes por parte de esta Corporación en sede de tutela, por ser considerado un requisito más gravoso para acceder a la pensión de invalidez. Así, la línea jurisprudencial de tutela producto de la actividad de esta Corte en sede de revisión estudió el requisito de fidelidad, y concluyó que la reforma introducida por la Ley 860 de 2003 resultaba contraria al principio de progresividad de los derechos sociales y la prohibición de regresividad frente a las personas que se afiliaran al sistema de pensiones con anterioridad a la vigencia de dicha modificación[4]. Finalmente, y a partir de estas sentencias, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la mencionada Ley 860 de 2003 y, en la sentencia C-428 de 2009[5], estimó que el requisito de fidelidad de cotización al sistema contradecía efectivamente el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Con todo, en cuanto a lo que respecta el presente análisis, es importante recordar que la Corte hará énfasis en las sentencias de sus Salas de Revisión que ya se han pronunciado acerca de la protección constitucional que merece la identidad de género de los ciudadanos. Específicamente, y como se verá en el siguiente acápite, la Corte presentará un resumen de los principales fallos sobre la materia, advirtiendo que sobre la exigibilidad del servicio militar obligatorio para las mujeres transgénero ya existen varios pronunciamientos claros que indican que las mismas no son destinatarias de las normas contenidas en la Ley 48 de 1993.

Reglas de protección a la identidad de género y a la orientación sexual frente al servicio militar obligatorio

10. La primera providencia de la Corte Constitucional que, de alguna manera, se refirió a la identidad de género de las personas (aunque no en esos términos) fue la sentencia T-504 de 1994[6]. En esa oportunidad, el Tribunal analizó la petición de una ciudadana que solicitó el cambio de sexo en su documento de identidad. A la peticionaria se le había asignado el sexo masculino al nacer a pesar de presentar los rasgos característicos de los dos sexos. Después de que un equipo médico determinara que “tanto fenotípicamente como psíquicamente el peticionario es de sexo femenino” se le practicó un procedimiento quirúrgico que consistió en la amputación del órgano peneano. Sin embargo, la Registraduría se negó a cambiar el sexo de la persona en su documento de identidad alegando que el mismo sólo podía ser ordenado por un juez. La Corporación, entonces, analizó la tutela y determinó que la Registraduría actuó correctamente advirtiendo que “el sexo es un componente objetivo del estado civil que individualiza a la persona, pues como hecho jurídico no depende de la apreciación subjetiva de quien lo detenta, sino del carácter objetivo que tiene por ser un hecho de la naturaleza física”[7].

11. Posteriormente, y de manera oportuna, la Corte empezó a reevaluar ese precedente. Así, en la sentencia SU-337 de 1999[8], el Tribunal conoció el caso de una niña a la que, durante un examen pediátrico a los tres años de edad, se le encontraron genitales ambiguos por lo que se le diagnosticó “pseudohermafroditismo masculino”[9]. Los médicos tratantes, entonces recomendaron un tratamiento quirúrgico, que consistía en la “readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la plastia o remodelación del falo (clitoroplastia), de los labios y de la vagina”.

A pesar de lo anterior, los médicos del entonces Instituto de Seguros Sociales se negaron a practicar la intervención quirúrgica, pues consideraron que la decisión debía ser tomada por la niña y no por su madre, como lo había establecido la Corte en casos similares. Por tal razón, la madre, quien ejercía la patria potestad de la menor de edad, interpuso la acción de tutela con el fin de que se autorizara la intervención toda vez que la escasa edad de su hija impedía que pudiera tomar la decisión por ella misma y que al esperar a que tuviera esa capacidad se le produciría un daño psicológico, fisiológico y social considerable. Frente a las dificultades que el caso en cuestión presentaba alrededor de la definición de la identidad sexual, la Corte en dicha oportunidad consideró que:

“De otro lado, los estados intersexuales parecen cuestionar algunas de las convicciones sociales más profundas, pues la noción misma según la cual biológicamente existen sólo dos sexos queda un poco en entredicho. Así, ¿cuál es el sexo biológico de una persona con pseudohermafroditismo masculino, como en el presente caso, que tiene sexo gonadal (testículos) y genético (cariotipo 46 XY) masculinos, pero que presenta genitales externos ambiguos y que ha sido educada como niña? Es más, esta Corporación ha debido enfrentar problemas incluso de lenguaje al tramitar este proceso puesto que el español, al igual que muchas otras lenguas, sólo prevé los géneros masculino y femenino para designar a una persona, ya que se supone que, al menos desde un punto de vista biológico, sólo existen hombres o mujeres. Sin embargo, el asunto no es tan nítido ya que no es claro si al menor del presente caso se le debe llamar niño -pues, tanto su sexo genético como gonadal son masculinos- o niña -pues ha sido educada como mujer y sus genitales externos son ambiguos-. El lenguaje expresa entonces la dificultad del problema que enfrenta la Corte. Los casos de ambigüedad sexual o genital, conocidos en la literatura médica también como estados intersexuales, y que a veces se denominan hermafroditismo o pseudohermafroditismo, son entonces particularmente difíciles pues tocan con uno de los elementos más complejos, misteriosos y trascendentales de la existencia humana: la definición misma de la identidad sexual, tanto a nivel biológico, como en el campo psicológico y social” (resaltado fuera del texto)[10].

Después de describir las tensiones éticas y jurídicas que este tipo de tratamientos generan, los límites del principio de autonomía de los pacientes, los problemas del consentimiento sustituto en casos de menores de edad o personas que no tienen la capacidad para avalar o rechazar tratamientos médicos de los que pueden ser objeto y de revisar el estado del

arte que en su momento existía sobre la intersexualidad, la Corte terminó por ordenar que se conformara un equipo interdisciplinario que atendiera el caso y estableciera el momento preciso en la que la menor de edad tuviera la capacidad para prestar su consentimiento informado a los procedimientos quirúrgicos y hormonales. Adicional a esto, la Sala quiere destacar un aparte de la sentencia que considera oportuno para el presente caso y que reconoce el derecho que tiene cada individuo, sin importar su edad, para tomar las decisiones que considere adecuadas con respecto al desarrollo de su sexualidad de manera autónoma:

“Con todo, podría objetarse que la anterior conclusión no es válida por cuanto la protección prima facie del derecho de los padres a tomar decisiones sanitarias en beneficio de sus hijos parte de dos supuestos básicos: (i) que los padres son quienes mejor comprenden y amparan los intereses de los menores, y que, (ii) dentro de ciertos límites, las familias pueden desarrollar visiones pluralistas de los problemas de salud. Sin embargo, existen evidencias fuertes de que los padres no sólo raramente desarrollan opciones pluralistas en esta materia sino que, más importante aún, tienen mucha dificultad para entender verdaderamente los intereses de sus hijos con ambigüedad genital. En efecto, el tema del hermafroditismo ha permanecido en el silencio en nuestras sociedades, de suerte que el nacimiento de un niño intersexual implica para el padre un trauma, que no logra comprender adecuadamente. En tales circunstancias, es perfectamente humano que las decisiones de los padres tiendan más a basarse en sus propios temores y prejuicios, que en las necesidades reales del menor. En cierta medida, los padres hacen parte de la mayorías sociales, que tienen una sexualidad biológica definida, y que ven entonces en los hermafroditas unos seres extraños que ojalá pudieran ser “normalizados” lo más rápidamente posible. Los hijos corren entonces el riesgo de ser discriminados por sus propios padres” (resaltado fuera del texto)[11].

12. El precedente fijado por la sentencia anterior fue confirmado por la Corte en numerosas ocasiones[12]. Por ejemplo, en la sentencia T-1025 de 2002[13], el Tribunal nuevamente conoció un caso de intersexualidad en un menor de edad al que le fue asignado el sexo masculino, en el nacimiento. La Corporación, reiterando el precedente reseñado, ordenó la conformación de un equipo interdisciplinario para que asistiera a la familia y protegiera la autonomía del niño. Adicional a esto, reconoció que la identidad personal tiene una relación estrecha con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad:

“(…) el derecho a la identidad personal supone en su núcleo esencial el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, la identidad personal se convierte en un bien especial y fundamental, en cuanto exige de la comunidad el respeto del propio ‘modo de ser’ de cada hombre en el mundo exterior. Solamente a partir del libre ejercicio de la personalidad, se constituye la identidad personal como un conjunto de cualidades y características que ante los atributos proyectivo, temporal y estimativo del hombre, le permiten a éste individualizarse en la sociedad, y exigir de ésta, el respeto y salvaguarda de las condiciones mínimas que conlleven a la proyección autónoma de su ser” (resaltado fuera del texto)[14].

13. Por su parte, en la sentencia T-152 de 2007[15], el Tribunal examinó la tutela de una mujer transexual que trabajaba en el negocio de la construcción, realizando labores de pintura y estuco. Después de pasar una prueba en una obra se le indicó que podía empezar a trabajar de manera inmediata. Sin embargo, el día en que debía empezar sus labores no se le permitió el ingreso a la construcción aparentemente por su identidad de género. Aunque en dicha oportunidad, la Corte no logró comprobar plenamente que la decisión tomada por los encargados de la obra fue un acto discriminatorio, y tampoco distinguió entre identidad de género y orientación sexual, si fue clara en señalar que “la orientación sexual de un individuo se erige en un asunto que se circunscribe dentro del ámbito de la autonomía individual que le permite adoptar sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes siempre y cuando con ellos no se vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás”[16].

14. Por otro lado, en la sentencia T-062 de 2011[17] la Corte evaluó el caso de un hombre transexual que había sido sometido a tratos denigrantes y discriminatorios en el centro de reclusión en el cual se encontraba purgando una pena de prisión. En esa ocasión, la Corte encontró probados las vulneraciones a los derechos fundamentales de este ciudadano y, además de ordenar que se adecuara el reglamento interno de la cárcel a la obligación de respeto de la diversidad sexual, la Corte señaló con claridad que la identidad de género debe ser protegida constitucionalmente:

“La protección de la identidad sexual, entendida como la comprensión que tiene el individuo sobre su propio género, como de la opción sexual, esto es, la decisión acerca de la inclinación erótica hacia determinado género, es un asunto tratado a profundidad por la

jurisprudencia constitucional. Este precedente sostiene, de manera uniforme, que la mencionada protección encuentra sustento constitucional en distintas fuentes. En primer término, la protección de la identidad y la opción sexual es corolario del principio de dignidad humana. En efecto, es difícil encontrar un aspecto más estrechamente relacionado con la definición ontológica de la persona que el género y la inclinación sexual. Por ende, toda interferencia o direccionamiento en ese sentido es un grave atentado a su integridad y dignidad, pues se le estaría privando de la competencia para definir asuntos que a él solo conciernen. Este ámbito de protección se encuentra reforzado para el caso de las identidades sexuales minoritarias, esto es, las diferentes a la heterosexual. Ello en razón de (i) la discriminación histórica de las que han sido objeto; y (ii) la comprobada y nociva tendencia a equiparar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproche y, en consecuencia, la represión y direccionamiento hacia la heterosexualidad” (resaltado fuera del texto)[18].

15. Asimismo, en la sentencia T-314 de 2011[19], el Tribunal analizó el caso de una mujer transexual que alegó que sufrió tratos discriminatorios en razón de su identidad de género cuando le fue negada la entrada a un evento de música electrónica que se llevó a cabo en una discoteca de Bogotá. En este caso, la Corte no logró determinar la existencia de un acto de discriminación, a pesar de realizar una actividad probatoria extensa. Sin embargo, advirtió claramente que la orientación sexual y la identidad de género están protegidas por la cláusula general de igualdad de la Constitución[20] por lo que cualquier trato discriminatorio aparentemente basado en criterios sospechosos como el género, debe ser sometido a un estricto control judicial para determinar si tal conducta es legítima o no:

“De lo anteriormente expuesto se tiene que si bien es claro que la Corte Constitucional ha estudiado mayoritariamente reclamos efectuados para la protección y defensa de derechos de las personas con orientación sexual diversa, particularmente frente a situaciones de personas gays, sería un error afirmar que la protección se extiende solo a este segmento de la comunidad, ya que no son los únicos que ejercen su sexualidad de forma distinta a la heterosexual (...) En este punto es plausible advertir que se podría hablar de orientación de la sexualidad o rol de género cuando se trata de lesbianas, gays y bisexuales, ya que ellos están relacionados con un proceso social y cultural que determina un sexo específico, no como criterio esencial de identificación ni mucho menos como categorías únicas. Distinto a la identidad de género que reconoce a cada individuo su condición de hombre, mujer o

transexual, marcando una diferencia en este último ya que la relación se da entre el individuo y el proceso cultural. Así, como teniendo en cuenta el caso de los intersexuales o hermafroditas, que aunque comparten lo anterior a posteriori, a priori están determinados por un hecho impuesto desde el nacimiento”(resaltado fuera del texto)[21].

16. A su vez, en la sentencia T-918 de 2012[22] la Corte consideró la tutela de una mujer transexual que había solicitado a su EPS la práctica de una cirugía de reasignación de sexo. El Tribunal, consideró que la mujer tenía el derecho a que se le realizara la intervención y a que, después de la misma, la Registraduría modificara el sexo en su registro civil y demás documentos de identificación. Al tomar esta decisión, la Corporación consideró que las personas tienen el derecho a tener una identidad sexual definida con plena autonomía bajo la protección constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación y a la dignidad humana. Igualmente, la Corte se refirió en los siguientes términos a la dimensión del derecho a la salud de las personas transexuales:

“Este Tribunal ha considerado que la salud no se limita al hecho de no estar enfermo, sino que comprende todos los elementos psíquicos, mentales y sociales que influyen en la calidad de vida de una persona. Por consiguiente, todas las personas deben estar en condiciones de intentar al restablecimiento de su salud bajo criterios de calidad, eficacia y oportunidad (...) No es inusual que las autoridades de salud limiten el acceso al servicio a las personas trans con base en su apariencia diversa, su identidad legal o el conocimiento de que hacen parte de dicha minoría. Precisamente, diversos estudios han encontrado que estas personas, ante la dificultad de recibir las prestaciones de salud que requieren y la desesperación por lograr su bienestar, deciden no recibir atención médica a sus problemas o buscar alternativas al Sistema de Seguridad Social formal. Esta última opción genera consecuencias perversas puesto que lleva a que los pacientes consuman altos niveles de hormonas sin supervisión o se practiquen cirugías en clínicas informales. Se considera que las autoridades no le han dado importancia a la protección del derecho a la salud de las personas trans, que requieren prestaciones específicas. Esta circunstancia ha llevado a que su salud física y mental pasen desapercibidas por las entidades encargadas de velar por su cuidado, en detrimento del bienestar general de dicha comunidad (resaltado fuera del texto)[23].

17. Por otra parte, en la sentencia T-977 de 2012[24] este Tribunal analizó la petición de

una mujer transexual que solicitó por segunda vez, y ante notaría, un cambio de identidad en su documento. El primer cambio, según la peticionaria, se debió a que deseaba ajustar su nombre a sus creencias religiosas. El segundo, estuvo motivado por una nueva construcción de identidad de género como mujer transexual, es decir a pesar de que su cuerpo presentaba características físicas asociadas por estereotipos de género al sexo masculino la actora se identificaba plenamente como mujer. Sin embargo, las autoridades notariales negaron el segundo cambio alegando que la normativa sobre la materia señala expresamente que el cambio solo se puede realizar por una sola vez[25]. Sin embargo, la Corte inaplicó dicha restricción y ordenó que se realizara un nuevo cambio en el documento de identidad de la accionante, por lo siguiente:

“todo individuo tiene el derecho a escoger libremente un plan de vida y a desarrollarlo a plenitud respetando los límites constitucionales. La fijación del nombre, como atributo de la personalidad, resulta determinante para el libre desarrollo del plan de vida individual y para la realización del derecho a la identidad, en la medida en que, constituye el signo distintivo del sujeto en el plano relacional (...) En efecto la Corte no puede desconocer el interés del Estado en regular asuntos relativos a la identidad de los ciudadanos, pues tanto los deberes del primero frente a los segundos, así como las obligaciones ciudadanas, dependen en su eficacia y eficiencia de la certeza de la identidad de los asociados de la Administración Pública. También es comprensible que el Estado restrinja las posibilidades de alteración de sus archivos de identidad de los ciudadanos, en la medida en la medida (sic) en que ello facilita a largo plazo ejercer adecuadamente sus funciones de garantía de derechos y así sus deberes de vigilancia y control. Pero, así como el desarrollo de los propios y personales proyectos y planes de vida no se configura como un derecho ilimitado, como se explicó; las potestades del Estado para regular el asunto de la identidad también suponen consideraciones especiales en casos especiales” (resaltado fuera del texto)[26].

18. Igualmente, y en consideración a que fue el precedente que más destacaron los demandantes y los intervinientes, se encuentra la sentencia T-476 de 2014[27]. En este caso, por primera vez, la Corte abordó el tema de la libreta militar y las mujeres transexuales, pero desde la obligación que tienen éstas de presentar ese documento como requisito para suscribir un contrato con el Estado. En la tutela, una mujer transgénero describe que había allegado su hoja de vida a la Subdirección de Asuntos LGBT de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá con el fin de participar en un

proceso de contratación adelantado por dicha entidad. Sin embargo, la entidad le notificó posteriormente que no podía avanzar con su contratación porque no había aportado una copia de su libreta militar. La Sala de Revisión que examinó ese caso, decidió inaplicar el artículo 36 de la Ley 48 de 1993[28], referido a la obligación de presentar la libreta militar para celebrar contratos con alguna entidad pública, bajo el entendido de que el Estado debe proteger los derechos al pluralismo, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad e identidad, así:

“las personas con identidad transgenerista no deben ser sometidas a restricciones para el ejercicio de derechos derivados de su identidad, es decir, por asumir su forma de ser como expresión legítima y constitucional de su identidad y libre autodeterminación. Tampoco pueden las autoridades hacer caso omiso de la identidad de la persona, y en este caso, de la identidad de género asumida por la accionante y exigir sin evaluar su aplicabilidad, un requisito aplicable por disposición del artículo 36 de la Ley 48 de 1993 a los varones, género que no corresponde a la identidad construida por la actora (...) si una persona se reconoce como mujer transgénero, y construye su identidad en la vida pública y social como mujer transgénero, exigirle un requisito propio del género con el cual no se identifica como es la libreta militar, desconoce su derecho a desarrollar su identidad de género, es decir, a autodeterminarse” (resaltado fuera del texto)[29].

19. Por último, se encuentra la sentencia T-099 de 2015[30] que, por tratarse de un caso en donde específicamente se analizó la aplicación al caso concreto de la norma que ahora se demanda por inconstitucional ante la Corte Constitucional, se hará referencia in extenso a ella. En esa oportunidad, la Sala de Revisión analizó de manera directa la aplicabilidad de las normas de reclutamiento sobre las mujeres transgénero. En este caso, el Tribunal conoció la solicitud elevada por Gina Hoyos Gallego, una mujer transgénero a la que la Dirección de Reclutamiento del Ejército le impuso una multa al considerar que se presentó de manera extemporánea a definir su situación militar. Ante dicha circunstancia, la Sala de Revisión se preguntó si la exención legal contemplada en el artículo 10 de la ley demandada incluía o no a las mujeres con una identidad de género diversa. Así, la Corte llegó a la conclusión que dicha norma no aplicaba a las mujeres transgénero, por lo que las mismas no son destinatarias del servicio militar obligatorio:

“En efecto, las mujeres transgénero que se autoreconocen plenamente como tales, por ser

mujeres, no están sujetas a las obligaciones legales dirigidas a los varones derivadas de la Ley 48 de 1993. Aceptar que son destinatarias de esta ley generaría un trato diferenciado basado en estereotipos de género, como consecuencia de partir de la identidad de género, que es parte fundamental de su proyecto de vida. La actora, como mujer transgénero, al igual que cualquier mujer cisgénero, no es destinataria de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio y el ordenamiento jurídico no le impone reportarse ante las autoridades militares para prestar su servicio o solicitar la expedición de la libreta en las condiciones señaladas por la ley. En ese sentido se revocará parcialmente el fallo de instancia y se ordenará a la autoridad militar cesar cualquier procedimiento que haya iniciado tendiente a la entrega de dicho documento (...) En consecuencia, la Sala no inaplicará las normas sobre la materia, sino que declarará que la señora Gina Hoyos Gallego no es destinataria de las obligaciones que genera la conscripción en Colombia, y que solo van dirigidas a los varones, en razón de que reconoce de manera autónoma y plena que su identidad de género es la de una mujer”[31].

20. Con todo, queda claro que algunas Salas de Revisión ya han señalado con contundencia que la expresión “mujer” contenida en los artículos demandados incluye a las mujeres transgénero que se autoreconocen como tal. En ese sentido, es importante advertir, siguiendo las reglas jurisprudenciales resumidas, que la aplicación de la mencionada exención legal no depende de ningún procedimiento ante la jurisdicción voluntaria o de un certificado médico, pues la simple afirmación por parte de la persona y su reconocimiento social como tal basta, siguiendo los principios de respeto por la dignidad y la autonomía, para que las autoridades militares no le exijan presentarse a regularizar su situación de conscripción. Ahora bien, ya que la demanda construye los cargos de constitucionalidad alrededor de la presunta existencia de una omisión legislativa relativa es necesario explicar brevemente la definición que le ha dado el Tribunal a este fenómeno y los límites que la jurisprudencia ha impuesto.

La omisión legislativa de carácter relativo y su superación

21. En forma reiterada, la Corte Constitucional ha sostenido que la omisión legislativa de carácter relativo se presenta cuando, al regular una materia, el Legislador omite referirse a una hipótesis que viene exigida por la Constitución; ausencia que torna incompleto el desarrollo legal. Doctrinariamente este fenómeno ha sido explicado, tanto como un vacío en

la regulación, o como la manera de dar lugar a un significado implícito y negativo, en cuanto el silencio excluye de un beneficio o de una medida de protección a la persona o al grupo de personas dejadas por fuera al momento de dictar la ley[32].

Según esta orientación, la Corporación ha expuesto que el precepto incompleto excluye “de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta”[33], de donde puede resultar el “incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador o una desigualdad negativa “para los casos excluidos de la regulación legal (y) frente a los que se encuentren amparados por las consecuencias de la norma”[34].

22. De la misma manera, la sentencia C-497 de 2015[35] retoma la línea jurisprudencial en la que la Corte ha aceptado que Legislador puede vulnerar garantías constitucionales por vía de omisión legislativa debido a la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales tiene una específica y concreta obligación de hacer. Por ello, de manera excepcional, el silencio del Legislador puede ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad[36]. No ocurre lo mismo en el caso de una omisión legislativa absoluta, para cuyo conocimiento la Corte no es competente[37].

Las omisiones legislativas relativas se presentan cuando el Legislador “al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa”[38]. Estas omisiones pueden ocurrir de distintas formas: i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución.

23. Aunque existen diversas formulaciones de los requisitos que debe reunir una demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, la sentencia C-833 de 2013[39]

hace una lista detallada de la siguiente forma:

“(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, tendrían 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. Además de los anteriores criterios, en algunos pronunciamientos la Corte ha precisado que también es menester tener 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”[40].

Con base en el principio democrático y el análisis de las consecuencias de declarar la inconstitucionalidad de una norma por haber incurrido en una omisión legislativa relativa, la jurisprudencia constitucional[41] ha admitido que, ante este tipo de omisiones, es competente para incorporar un significado ajustado a los mandatos constitucionales por medio de una sentencia integradora en la que se declare la exequibilidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que éste debe además comprender aquellos supuestos que fueron indebidamente excluidos por el Legislador, así:

“Por regla general, cuando se trata de una omisión legislativa relativa, el remedio para la inconstitucionalidad advertida no es la declaratoria de inexecutable de la disposición que dejó por fuera de sus efectos jurídicos el elemento que se echa de menos, sino neutralizar dicho efecto contrario a la Constitución mediante la incorporación de un significado ajustado a los mandatos constitucionales”[42].

24. Finalmente, frente a la superación de una eventual omisión legislativa, la sentencia C-043 de 2003[43] explicó que las omisiones legislativas relativas que resulten inconstitucionales por ser discriminatorias, pueden ser subsanadas mediante una sentencia integradora que permita al Tribunal Constitucional llenar los vacíos dejados por el

Legislador, a fin de armonizar la disposición con el ordenamiento superior. Ahora bien, definido el alcance del concepto de omisión legislativa y la forma en que el juez constitucional puede resolverlo, la Sala ahora se abocará a examinar puntualmente la aptitud de los cargos señalados

Aptitud de los cargos presentados en la demanda

25. La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente[44], que la acción pública de inconstitucionalidad constituye una manifestación del derecho fundamental a la participación ciudadana, convirtiéndose en un instrumento jurídico valioso, que le permite a los ciudadanos defender el poder normativo de la Constitución y manifestarse democráticamente frente a la facultad de configuración del derecho que ostenta el Legislador, consagrado particularmente en el artículo 40 de la Carta[45]. En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad permite que se dé un diálogo efectivo entre el Congreso, - foro central la democracia representativa -; los ciudadanos en ejercicio -de la democracia participativa-, y el Tribunal Constitucional (a quien se encomienda la guarda e interpretación de la Constitución[46]), con lo que se desarrollan los principios previstos en los artículos 1º, 2º y 3º de la Carta, que definen a Colombia como un Estado Social de Derecho, democrático y participativo[47].

26. Ahora bien, aunque la acción de inconstitucionalidad es pública, no requiere de abogado[48] y tampoco exige un especial conocimiento para su presentación, lo cierto es que el derecho político a interponer acciones públicas como la de inconstitucionalidad, no releva a los ciudadanos de presentar argumentos mínimos, serios para desvirtuar la presunción de validez de la ley y de observar unas cargas procesales mínimas en sus demandas, que justifiquen debidamente sus pretensiones de inexecutableidad.

Estos requisitos, como se ha indicado, son mínimos y buscan promover el delicado balance entre la observancia del principio pro actione, -que impide el establecimiento de exigencias desproporcionadas a los ciudadanos que hagan nugatorio en la práctica el derecho a interponer la acción pública enunciada o el acceso a la justicia-, y del otro, asegurar el cumplimiento de los requerimientos formales mínimos exigibles conforme a la ley, en aras de lograr una racionalidad argumentativa que permita el diálogo descrito[49] y la toma de decisiones de fondo por parte de esta Corporación[50].

Desde esta perspectiva, si bien es cierto que en virtud de lo preceptuado por el principio pro actione, las dudas de la demanda deben interpretarse en favor del accionante[51] y la Corte debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria[52], también es cierto que esta Corporación no puede corregir ni aclarar los aspectos confusos o ambiguos que surjan de las demandas ciudadanas[53], "so pretexto de aplicar el principio pro actione, pues, se corre el riesgo de transformar una acción eminentemente rogada, en un mecanismo oficioso"[54], circunstancia que desborda el sentido del control de constitucionalidad por vía de acción, que le compete.

Por ende la exigencia de los requisitos mínimos a los que se hace referencia, mediante el uso adecuado y responsable de los mecanismos de participación ciudadana, busca[55]: (i) evitar que la presunción de constitucionalidad que protege al ordenamiento jurídico se desvirtúe a priori, en detrimento de la labor del Legislador, mediante acusaciones infundadas, débiles o insuficientes; (ii) asegurar que éste Tribunal no produzca fallos inhibitorios de manera recurrente, ante la imposibilidad de pronunciarse realmente sobre la constitucionalidad o no de las normas acusadas, comprometiendo así la eficiencia y efectividad de su gestión; y (iii) delimitar el ámbito de competencias del juez constitucional, de manera tal que no adelante, de manera oficiosa, el control concreto y efectivo de las normas acusadas. De hecho, por regla general, a la Corte Constitucional no le corresponde revisar oficiosamente las leyes, sino examinar las que efectivamente demanden los ciudadanos, lo que implica que esta Corporación pueda adentrarse en el estudio de fondo de un asunto, sólo una vez se presente, en debida forma, la acusación ciudadana[56].

27. Teniendo en cuenta estos presupuestos, el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, fijó las condiciones o requisitos mínimos de procedibilidad de las demandas de inconstitucionalidad, exigiéndole a los ciudadanos en la presentación de las mismas, que (i) señalen las disposiciones legales contra las que dirigen la acusación; (ii) delimiten las preceptivas constitucionales que considera violadas y (iii) expliquen las razones o motivos por los cuales estiman que tales normas superiores han sido desconocidas.

En lo concerniente al requisito relacionado con las "razones o motivos por los cuales estiman que tales normas superiores han sido desconocidas", ésta Corporación ha precisado de manera consistente en su jurisprudencia, que dichas razones deben ser

conducentes para hacer posible el diálogo constitucional que se ha mencionado. Ello supone el deber para los ciudadanos de “formular por lo menos un cargo concreto, específico y directo de inconstitucionalidad contra la norma acusada, que le permita al juez establecer si en realidad existe un verdadero problema de índole constitucional y, por tanto, una oposición objetiva y verificable entre el contenido literal de la ley y la Carta Política”[57].

28. En ese orden de ideas, para la jurisprudencia de esta Corporación[58] el concepto de la violación requiere que los argumentos de inconstitucionalidad contra las normas acusadas sean: i) claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ii) ciertos, la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; iii) específicos, en la medida que se precise la manera cómo la norma acusada vulnera un precepto o preceptos de la Constitución, con argumentos de oposición objetivos y verificables entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política. Son inadmisibles los argumentos vagos, indeterminados, abstractos y globales; iv) pertinentes, el reproche debe ser de naturaleza constitucional. No se aceptan reproches legales y/o doctrinarios; y v) suficientes, debe exponer todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio y que el reproche debe ser de naturaleza constitucional. No se aceptan reproches legales y/o doctrinarios.

29. Así las cosas, para la Sala, la demanda de la referencia no reúne los requisitos mínimos para proferir una decisión de fondo, por las razones que pasan a explicarse. En primer lugar, la Corte observa que el actor demanda varias normas de la Ley 48 de 1993, esto es sus artículos 10, 14, 23, 24 y 25, pero todos sus argumentos se concentran realmente en la existencia de una presunta omisión legislativa en la expresión “mujer” contenida en el artículo 10. Esto se debe, a que el accionante enfocó toda su argumentación en la posibilidad de extender el alcance de la exención de la Ley de la norma en cuestión a las mujeres transgénero. Para el Tribunal, no se presentó ningún argumento preciso frente a estos artículos como tampoco se explicó como los cargos presentados contra el artículo 10 podían ser extensivos a los mismos, especialmente cuando dichas disposiciones se refieren a obligaciones que se encuentran, explícitamente, en cabeza de los hombres.

En segundo lugar, los cargos frente a la violación del artículo 13 y 16 de la Constitución parten de misma premisa: que la expresión “varones” y “mujeres” de las normas, excluyen

a las personas transgénero. Sin embargo, como ya lo explicó este Tribunal, las Salas de Revisión de manera extensiva, reiterada y sistemática han reconocido que dichas expresiones no están relacionadas con el sexo biológico de los ciudadanos que les fue asignado al nacer, sino con la “construcción identitaria” y autónoma que cada uno hace de su propio género. Por lo tanto, el actor no reparó en la regla de este Tribunal que señala que el género no necesariamente guarda alguna relación objetiva con la identidad biológica de las personas sino que responde a una forma de auto-reconocimiento de cada individuo a partir de sus propias experiencias y expectativas. Esto, con el fin de abandonar estereotipos arraigados en la sociedad y que tienen el potencial de generar una discriminación sistemática. En ese sentido, por ejemplo, es perfectamente posible que una mujer transexual, es decir una persona a la que en su nacimiento le fue asignada la identidad de género de un hombre pero que decidió hacer el tránsito de identidad, sienta atracción sexual por los hombres por lo que su orientación sería heterosexual. Esto permite concluir que solamente cada persona -según su vivencia y proyecto de vida- es la que tiene el poder y el derecho de decidir la manera como su identidad de género y orientación sexual se complementan e interactúan.

En tercer lugar, la demanda utiliza sin rigurosidad alguna los conceptos de transgénero y transexuales para referirse a la “diversidad identitaria” de las personas. Estas distinciones son relevantes y no obedecen a un simple capricho analítico. En efecto, la comprensión plena de estas nociones incide directamente en el entendimiento del caso y en cualquier examen eventual de constitucionalidad. Por esto, la Sala considera necesario reiterar una serie de precisiones conceptuales que sirven para entender la forma como esta Corporación entiende estas categorías, advirtiendo que no se deben tomar como límites a los conceptos de identidad de género y orientación sexual sino como parámetros básicos de información que el demandante no abordó con suficiencia. En otras palabras, la Corte quiere ser enfática en señalar que la identidad de género y la orientación sexual de las personas son conceptos que se transforman continuamente a partir de la experiencia individual y de la forma en que cada ciudadano se apropia de su sexualidad. Por lo tanto, estas definiciones no se pueden tomar como criterios excluyentes sino como ideas que interactúan constantemente y que son revaluadas a partir de la experiencia de cada persona frente a su sexualidad y su “desarrollo identitario”. En particular, el actor no precisó que las personas transgénero tienen una vivencia que no corresponde con el sexo asignado al momento de nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los

términos descritos es femenino, dicha persona generalmente se autoreconoce como una mujer trans. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia de la persona es masculina, dicha persona generalmente se autoreconoce como un hombre trans. Por su parte, la transexualidad se refiere al estado de aquellas personas que han concluido su transición hacia el género deseado, no solo a través de procedimientos quirúrgicos sino de cualquier transformación corporal que permitan que el ciudadano se identifique o reafirme plenamente con su género autoreconocido. Sin embargo, el actor no explicó con rigurosidad el alcance de estos conceptos por lo que la Sala considera que su demanda no cumple con el requisito de suficiencia. Esto es relevante, ya que si se aplica un concepto como el de transexualidad a la exención legal del artículo 10, la norma solo estaría incluyendo a aquellas mujeres trans que han realizado algún tipo de intervención física o corporal a su cuerpo dejando de lado a todas aquellas ciudadanas que simplemente han reafirmado que su género no corresponde con la asignación biológica que les fue impuesta al nacimiento.

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

Frente al cargo específico de la violación del libre desarrollo de la personalidad, en quinto lugar, la Sala considera necesario realizar varias precisiones argumentativas para explicar las deficiencias en la demanda del señor Polo Echeverry. El demandante simplemente afirma de manera confusa que la definición del servicio militar para los hombres y la exclusión que es oponible a toda persona transexual impone un modelo de vida que vulnera el artículo 16 de la Carta. Sin duda, la Corte advierte que la división objetiva entre géneros es relevante para efectos de, por ejemplo en este caso, precisar si una persona está sujeta a las normas de incorporación del Ejército. Sin embargo, esto hace que una persona transgénero debe identificarse, para efectos del alcance de la norma, como un hombre o

una mujer desconociendo, como ya lo advirtió el Tribunal en varias ocasiones y lo vuelve a hacer en esta oportunidad, que el concepto de identidad de género es dinámico, cambiante y subjetivo. Es posible que un ciudadano trans no se identifique sencillamente como un hombre o una mujer y encuentre que estas categorías no resultan apropiadas o acordes para expresar su “personalidad identitaria”. Sin embargo, el actor no presentó en su demanda ningún argumento para enfrentar este dilema por lo que el Tribunal debe concluir que este cargo tampoco cumple con el requisito de suficiencia que toda demanda de constitucionalidad debe observar.

Ahora bien, en sexto y último lugar, el cargo de igualdad que el demandante presenta tampoco cumple con el requisito de suficiencia toda vez que no adelantó en su escrito un test de omisión relativa que explicara, como se detalló en la parte considerativa de esta sentencia, la presunta vulneración del artículo 13 de la Constitución. Aunque el actor describió la norma sobre la cual consideraba que existía la presunta omisión y resumió las consecuencias jurídicas de la supuesta exclusión, omitió explicar la razón por la que considera que el Legislador ostenta un deber específico impuesto por el constituyente para tratar la materia. Por un lado, no se establecen los criterios de comparación entre las mujeres transexuales y las mujeres cisgénero, más aún cuando la Corte ha sido enfática en señalar que para efectos de la protección de la identidad de género, éstos conceptos no admiten distinción alguna. Por otro lado, no pudo explicar la razón por la cual se justificaba un examen de constitucionalidad cuando las Salas de Revisión han afirmado que las normas de servicio militar obligatorio no están dirigidas a las mujeres trans. En otras palabras, el actor no explicó la razón por la que considera que existe en cabeza del Legislador una obligación de regular la materia cuando sobre las ciudadanas transexuales este Tribunal ya ha dicho que las normas contenidas en la Ley 48 de 1993 no son oponibles.

30. El actor no explica en ningún acápite de su demanda la razón por la que, puntualmente, considera que se existe una omisión legislativa. Simplemente, de manera somera, indicó que la misma queda demostrada en la ausencia de un reconocimiento de la diversidad sexual en las normas demandadas lo que genera un vacío legal que se traduce en una discriminación por identidad de género. Sin embargo, como se explicó en detalle anteriormente, estas omisiones deben probarse demostrando, entre otras cosas, una exclusión en aquellos casos que, por ser asimilables, tendrán que estar contenidos en el

texto normativo cuestionado o que la exclusión carezca de una fundamentación suficiente o razonada.

Por eso, la Sala no encuentra que el demandante haya satisfecho estos requisitos toda vez que no es posible predicar que exista una omisión legislativa sobre una población que, como las mujeres transgénero, no son destinatarias de las normas de la Ley 48 de 1993. En ese sentido, el actor erró en su interpretación del alcance de las sentencias de tutela que sobre el tema ya ha expedido esta Corporación. Así, las utilizó para formular un cargo de manera desordenada alrededor de la violación del principio de igualdad y el respeto por el libre desarrollo de la personalidad cuando debió darles una interpretación extensiva que reconoce plenamente que exigirle a las mujeres transgénero que obren como destinatarias de las normas sobre servicio militar obligatorio constituye un trato discriminatorio. En efecto, ya este Tribunal ha sido claro en manifestar que no existe ninguna justificación constitucional para que estas mujeres sean tratadas de manera distinta y ha dado órdenes estructurales conducentes a superar el déficit de protección constitucional que sufren ante el sistema de reclutamiento de las Fuerzas Armadas.

31. Como puede observarse, los argumentos presentados por el actor son confusos, no guardan una inferencia lógica y se basan en apreciaciones personales, sin que generen una mínima duda de constitucionalidad de la norma acusada. Esto, especialmente, porque no probó que en el caso concurrían los requisitos formales y materiales para que se configurara una omisión legislativa relativa del Legislador, en lo concerniente con la exención legal, oponible a las mujeres, que éste contempló en el artículo 10 de la Ley 48 de 1993. En particular, la Corte no encuentra que se presenten cargos suficientes frente al supuesto desconocimiento de los artículos 13 y 16 de la Constitución, ya que el demandante no explicó cómo puede concurrir un cargo de omisión relativa del Legislador, si hay fallos de tutela anteriores a la presentación de la acción de constitucionalidad, que no solo indicaron cuál es la interpretación válida de la ley, sino que señalaron que las mujeres transgénero no deben prestar servicio militar obligatorio y, por lo tanto, no deben definir su situación ante las autoridades castrenses.

Con todo, la Sala considera que la demanda construye sus cargos a partir de una reproducción aleatoria de varias normas de carácter legal, constitucional y administrativo para luego concluir que es necesario realizar un juicio estricto de igualdad cuando la Corte

ya, en la forma señalada por el demandante, ha interpretado el artículo 10 de la Ley 48 de 1993. Sentencias que, además, como se explicó en los capítulos iniciales de esta providencia, generan efectos inter pares cuando se trata de terceros que se encuentran en la misma posición de vulneración y frente a los mismos hechos.

Con base en las consideraciones desarrolladas, la Sala Plena se inhibirá de emitir un pronunciamiento de fondo al considerar que el actor no cumplió con los requisitos sustanciales que toda acción pública de constitucionalidad debe observar, particularmente el de suficiencia. Es claro que la demanda desconoció los avances jurisprudenciales sobre la materia, que reconocen expresamente que las mujeres transgénero no son destinatarias de las normas sobre servicio militar obligatorio y que, bajo el principio de autonomía y libre desarrollo de personalidad, el auto-reconocimiento es suficiente para ser exoneradas del servicio según lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 48 de 1993.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declararse INHIBIDA para conocer de la demanda presentada por el ciudadano Julián Arturo Polo Echeverry, contra los artículos 10, 14 (parcial), 23, 24 y 25 (parcial) de la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”, por ineptitud sustancial de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta (E)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con Salvamento de Voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Ausente con excusa

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con Salvamento de Voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con Salvamento de Voto

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Y

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-584/15

PERSONA TRANSGENERO-Noción (Salvamento de voto)

La persona transgénero es aquella que “transita del género asignado socialmente a otro género”, dado que, “en ocasiones, el papel de género asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la persona” que rechaza el rol asignado para asumir aquel con el que se identifican desde su propia vivencia personal.

COMUNIDAD TRANS-Forma parte de un grupo social históricamente sometido a patrones de valoración cultural negativos (Salvamento de voto)

COMUNIDAD TRANSGENERO-Dentro del sector LGBT es la que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos (Salvamento de voto)

IDENTIDAD DE GENERO-Como criterio sospechoso de discriminación (Salvamento de voto)

COMUNIDAD TRANSGENERO-Requiere medidas especiales de protección (Salvamento de

voto)

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO COMO CRITERIOS SOSPECHOSOS DE DISCRIMINACION-Juicio de igualdad debe ser estricto (Salvamento de voto)

TRANSEXUALES-Concepto (Salvamento de voto)

TRAVESTIS-Concepto (Salvamento de voto)

TRANSFORMISTAS-Concepto (Salvamento de voto)

DRAG QUEENS O KINNGS-Concepto (Salvamento de voto)

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Configuración (Salvamento de voto)

PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-Configuración de omisión legislativa relativa (Salvamento de voto)

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO-Distinción (Salvamento de voto)

PERSONAS CISGENERO-Concepto (Salvamento de voto)

MUJER-Comprensión amplia que incluya dentro de esa definición a las mujeres cisgénero y a las mujeres transexuales (Salvamento de voto)

PRESTACION DE SERVICIO MILITAR DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS-EI vocablo mujer también comprende a las mujeres transexuales (Salvamento de voto)

PRESTACION DE SERVICIO MILITAR DE PERSONAS TRANSEXUALES Y TRANSGENERISTAS- Interpretación extensiva del vocablo “mujer” tiene una incidencia directa en lo que en adelante ha de entenderse por “varón”, pues la mujer transexual ya no podrá tenerse por tal para efectos de definir la situación militar (Salvamento de voto)

Con el acostumbrado respeto que merecen las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Corporación, los suscritos Magistrados presentamos las razones de nuestra radical discrepancia con el fallo inhibitorio que produjo la Corte, al pronunciarse sobre la demanda identificada con el número 10.628. Con tal propósito debe tenerse en cuenta que, de una

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para optar por la inhibición que la mayoría de la Corporación aceptó, se hizo un recuento de

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

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

Solo una tergiversación del sentido de la demanda puede dar lugar a una conclusión semejante, pero aun admitiendo que la argumentación se hubiese enfocado en el artículo 10 (realmente en su párrafo), con el propósito de extender el alcance de la categoría “mujer”, no se avizora razón alguna que impida entender debidamente estructurado un cargo en relación con este párrafo, con mayor razón, si la argumentación se habría centrado, por completo, en la posibilidad de extender el alcance del vocablo “mujer” allí contenido.

Se le achaca a la demanda la utilización “sin rigurosidad alguna de los conceptos de transgénero y transexuales para referirse a la ‘diversidad identitaria’ de las personas”, distinciones juzgadas como relevantes, que “no obedecen a un simple capricho analítico” y cuya comprensión plena “incide directamente en el entendimiento del caso y en cualquier examen eventual de constitucionalidad”, debido a lo cual la Corte, sin reparar en que finalmente adopta un fallo inhibitorio, pasa a “reiterar una serie de precisiones conceptuales

que sirve para entender la forma como esta Corporación entiende estas categorías”.

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

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

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

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

En el sentido indicado, la mayoría agrega que “aunque el actor describió la norma sobre la cual consideraba que existía la presunta omisión y resumió las consecuencias jurídicas de la

supuesta exclusión, omitió explicar la razón por la que considera que el Legislador ostenta un deber específico impuesto por el constituyente para tratar la materia”, pues no se establecen los criterios de comparación entre las mujeres transexuales y las mujeres cisgénero” y “no pudo explicar la razón por la cual se justificaba un examen de constitucionalidad cuando las Salas de Selección han afirmado que las normas de servicio militar no están dirigidas a las mujeres trans”.

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

La inaplicación de la ley y el exhorto, ambos producidos en sede de tutela, constituyen razones que con evidente suficiencia justificaban el examen de constitucionalidad, pues el hecho de que, al revisar decisiones de tutela, la Corte haya “afirmado que las normas de servicio militar no están dirigidas a las mujeres trans”, no constituye causal de inadmisión o de rechazo de las demandas que luego se intenten contra las disposiciones en las que previamente se hayan detectado problemas de constitucionalidad a propósito de casos específicos resueltos mediante tutela, ni motivo causante de la ineptitud de los cargos esgrimidos en contra de estos preceptos si, conforme lo ha destacado la sentencia de la que nos apartamos, “en varias oportunidades, esta Corporación ha adoptado las decisiones de constitucionalidad abstracta en consideración con reglas jurisprudenciales elaboradas en sentencias de tutela”.

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

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

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

En efecto, la Sentencia T-099 de 2015, la más próxima por su materia y por las disposiciones de ley involucradas a la demanda que la Corte consideró inepta, tras hacer un repaso del juicio de igualdad en la jurisprudencia constitucional, al abordar el caso concreto se detiene en el primer y más elemental eslabón de ese juicio y le basta afirmar que “es violatorio de los derechos a la dignidad, a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres transgénero exigirles que cumplan con los deberes previstos para los varones en la Ley 48 de 1993” o que “es violatorio del derecho a la igualdad tratar de manera diferenciada a una mujer transgénero -con respecto al trato que reciben las mujeres cisgénero- para exigirle cumplir con las obligaciones legales -dirigidas a un varón- en materia de regularización de la situación militar”.

No se comprende cuál soporte tienen los requerimientos que se le hacen al actor y la confusión sube de grado cuando se verifica que la Sentencia T-099 de 2015, después de referirse a disposiciones de la Ley 48 de 1993 que fueron demandadas por el libelista, exhorta “al Congreso de la República, para que, en el menor tiempo posible promulgue una Ley de Identidad de Género que proteja los derechos fundamentales de las mujeres y

hombres transexuales, con la consideración entre otros, de los fundamentos de esta providencia". ¿Qué podía exigírsele, entonces, al actor en relación con las disposiciones de la Ley 48 de 1993, cuyo carácter incompleto y su consecuente inconstitucionalidad ya habían sido puestos de manifiesto, en forma palmaria, al decidir acciones de tutela? Adicionalmente, los Magistrados que disintimos queremos llamar la atención acerca de que el test de igualdad no es la única manera de solventar una omisión de carácter relativo, pues la aplicación analógica de una expresión legal puede solucionar un problema de omisión inconstitucional, sin necesidad de recurrir al test, que tampoco es indispensable cuando la discriminación traspasa el caso individual y afecta a un grupo, evento en el cual se activa la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, así como la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, cuya condición se demuestra no por la vía del test, más apropiado para juzgar casos individuales, sino mediante la consideración de datos empíricos demostrativos de la existencia del grupo y de su discriminación, lo que es suficiente para proceder a la adopción de medidas, porque así lo ordena la Constitución en su artículo 13.

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

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

Sin embargo, la mayoría, dejando de lado las técnicas que aseguran el imperio de la Constitución y le permiten a la Corte garantizar su supremacía pasa de largo sobre el derecho político que se ejerce con la presentación de una demanda de inconstitucionalidad

y, sobre los derechos de personas discriminadas, según se alcanzó a percibir, sin que lamentablemente se hubiera actuado en consecuencia.

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

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

“VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

“1. La competencia

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

“2. Planteamiento de la cuestión

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

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

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

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

“Tratándose de las mujeres, el parágrafo del artículo 10, que también es objeto de demanda, indica que “la mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente y, en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley no importando la modalidad en que se presta el servicio”.

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

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

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

“Puntualiza el actor que las mujeres transexuales carecen de opción distinta a la propiciada por los preceptos demandados, dado que, de conformidad con ellos, deben definir su situación militar de la manera como se ha establecido esta definición para los varones, sin que puedan acudir a la regulación prevista para las mujeres, porque siempre son identificadas “como de sexo masculino”, teniendo que “aceptar una condición de género diversa a la que libremente han escogido desde su perspectiva personal”, situación que las puede llevar a no “aceptar las opciones dadas por la ley”, lo que les acarrearía el aislamiento de la sociedad productiva, laboral o académica.

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

“De idéntico parecer es la Procuraduría General de la Nación, en cuyo concepto se advierte que en la materia de la cual se ocupan las disposiciones demandadas el legislador tiene una amplia facultad configurativa y que cuando, acudiendo al criterio del sexo, establece la

obligación de los hombres y una excepción en el caso de las mujeres, emplea como elemento de diferenciación “un asunto biológico objetivo y no una referencia a la psicología, a la autonomía o a ciertas características sociales de lo que se tiene por ‘varonil’”.

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

“Así mismo, la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás consideró que los preceptos censurados desconocen la Constitución, “pues el legislador omitió la diversidad sexual de la población transgénero y transexual” como motivo de exclusión del servicio militar, e invitó a la Corte a efectuar una interpretación condicionada “tendiente a extender para transgeneristas y transexuales la calidad de voluntario en la prestación del servicio militar”. A similar conclusión llegó Colombia Diversa, al solicitar la exequibilidad condicionada “en el sentido de reconocer la diversidad de género de las personas transgénero”, de inaplicar el requisito de la libreta militar tratándose de las mujeres transgénero que no se identifican ni auto reconocen como parte del género masculino y de predicar, para estas personas, la voluntariedad del servicio militar.

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

derechos y obligaciones de las personas trans”.

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

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

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

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

“Tratándose de la misma Constitución y de idénticos derechos no cabe la radical disociación

que algunos pretenden entre lo que la Corte decide y considera al resolver acciones de tutela y lo que decide y considera cuando actúa en sede de control de constitucionalidad de las leyes. Como sustento de esa separación absoluta se suele aducir al carácter concreto de la revisión de las decisiones de amparo y el carácter abstracto del control de constitucionalidad y particularmente de aquel que se insta a partir de demandas ciudadanas.

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

“Prueba de lo anterior se encuentra, por ejemplo, en la admisión de la posibilidad de demandas en contra de interpretaciones judiciales de leyes o en la incorporación del derecho viviente como objeto del control material de constitucionalidad de las leyes y, ya en el ámbito que ahora se quiere destacar, la asunción en sede de control abstracto de demandas en contra de preceptos legales antes excepcionados en sede de tutela por la propia Corte o cuyas consecuencias habían sido controvertidas en previas acciones de tutelas también conocidas y decididas por la Corporación.

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

Código Laboral atinentes a la pensión de jubilación y a la entonces denominada pensión sanción.

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

“4. Las personas transexuales y la discriminación

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

“En la Sentencia T-476 de 2014, que ha sido la más invocada en este proceso, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional se remitió a una noción postulada en una sentencia de tutela anterior, según la cual la persona transgénero es aquella que “transita del género asignado socialmente a otro género”, dado que, “en ocasiones, el papel de género asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la persona” que rechaza el rol asignado para asumir aquel con el que se identifican desde su propia vivencia personal.

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

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

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

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

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

“Con base en lo anterior se ha concluido que “la comunidad trans forma parte de un grupo social históricamente sometido a patrones de valoración cultural negativos, sus integrantes han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos y su situación socioeconómica evidencia de manera nítida las circunstancias de desprotección y segregación que padecen”. La marginación resultante se manifiesta en el hecho de hacer de las personas transgeneristas “las víctimas más representativas de la violencia por prejuicio en la

sociedad que se manifiesta de múltiples formas, tales como (i) amenazas escritas o verbales; (ii) agresiones físicas; (iii) intento de homicidio y homicidios, tanto en el hogar como en espacios públicos o abiertos al público; (iv) ejercidos por ciudadanos comunes, individualmente o en grupo; o (v) por la fuerza pública o funcionarios públicos”.

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

“Situando esta cuestión en el ámbito del derecho constitucional a la igualdad, la Corte encuentra que, sin perjuicio de las eventualidades concretas que deben ser resueltas mediante análisis circunscritos al caso particular, la grave discriminación sistemática e histórica a la que se ve sometida la comunidad de transexuales, invita a examinar el asunto ahora abordado desde la perspectiva de la igualdad material o sustancial prevista en el artículo 13 superior, de conformidad con cuyas voces el Estado debe adoptar “medias en favor de grupos discriminados o marginados” y promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”.

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

“La discriminación histórica que afecta a la población transexual tiene expresiones en varios campos de la vida social. Así lo ha hecho notar la Corte, al explicar que, según diversos estudios, sus miembros “son constantemente objeto de cuestionamientos y burlas”, en el seno “de su familia y en el entorno social en el que a diario se desenvuelven”, a lo que se suman “los serios obstáculos para acceder y permanecer en el sistema educativo y de salud”, la falta “de las mismas oportunidades que el resto de la población” en el ámbito

laboral, “las situaciones de discriminación laboral” que enfrentan “quienes logran acceder a un trabajo”, los ofrecimientos de “trabajos estereotípicos en labores marginales y “con bajos salarios” o la imposición de “límites geoespaciales y barreras de acceso estatales”; razones todas conducentes “a que la mayor parte de esta población se encuentra relegada a situaciones de extrema pobreza, en ocasiones de miseria, enfermedad y exclusión permanente”.

“Así las cosas, aunque el amparo que se brinda a las personas transexuales mediante el mecanismo previsto en el artículo 86 de la Carta suele reparar en la pertenencia de los actores “a un grupo tradicionalmente marginado y discriminado”, lo que los hace sujetos “de especial protección”, la propia índole de la acción de tutela propicia un tratamiento singular, dispensado caso por caso, en un proceder válido que, sin embargo, puede ser superado en sede de control de constitucionalidad y desde la perspectiva de la igualdad material que suministra un escenario adecuado a la “consideración del conjunto de personas en condiciones de desventaja”, aproximación que, “sin desconocer las circunstancias personales, va más allá de la perspectiva individual de cada uno de los afectados, como precisamente se desprende de la Constitución, pues, en materia de igualdad sustancial, la Carta ordena la adopción de medidas favorables a ‘grupos discriminados o marginados’ “.

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

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

“Para efectos de la igualdad sustancial y de la adopción de medidas favorables a grupos discriminados o marginados la idea de discriminación que se maneja no parte esencialmente de la consideración de sujetos individuales o de episodios aislados, sino de la verificación de las condiciones de colectivos tradicionalmente marginados y merecedores

de la acción estatal dirigida a 'paliar la situación de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo', de donde surge que el concepto de discriminación debe ser ampliado para comprender la de índole estructural, que se refiere a las situaciones de injusticia social que presentan 'distintos aspectos (explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural y violencia) y que la gente sufre en la vida diaria'.

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

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

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

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

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

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

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

“Desarrollo de esta previsión superior son los artículos de la Ley 48 de 1993 que han sido demandados y en los que, como ya se ha visto, la obligación de definir la situación militar se

predica de “todo varón colombiano” (artículo 10) que con tal finalidad debe inscribirse para definirla (artículo 14), ya resida en el exterior (artículo 23), sea colombiano por adopción residente en el país (artículo 24) o colombiano por nacimiento con doble nacionalidad (artículo 25).

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

“Fácilmente se nota la diferencia entre la obligatoriedad que pesa sobre los varones tratándose de la definición y de la prestación del servicio militar y la voluntariedad que, respecto del mismo servicio, preside la situación de la mujer, al punto que solo por excepción, en las condiciones que señala el precepto acusado y para el cumplimiento de las tareas allí mismo especificadas, el servicio militar podría ser obligatorio.

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

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

la Corte, pone de manifiesto cierta dificultad de orden terminológico para identificar a este

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

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

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

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

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

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

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

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

“Así, en la Sentencia T-476 de 2014, la Sala Octava de Revisión de esta Corte se pronunció sobre el caso de una mujer transexual que presentó una acción de tutela en contra de la

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

“En la Sentencia T-099 de 2015, la Sala Quinta de Revisión se refirió a la exigibilidad del servicio militar a las mujeres transexuales, a sus derechos y a los “obstáculos legales y administrativos para el goce de los mismos”, a propósito de la protección impetrada por una mujer transexual en contra de la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, que se negó a expedirle la libreta militar y le impuso una multa a título de sanción, por haberse inscrito extemporáneamente para definir su situación militar.

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

“Realizada esta breve presentación, cabe destacar que en las decisiones de tutela que directamente abordan la situación de las personas transexuales frente a la definición de la situación militar y al correspondiente servicio obligatorio, tiene especial relevancia el caso

de las mujeres transexuales que, precisamente, es el esgrimido en la demanda de inconstitucionalidad que examina esta Corte. En la jurisprudencia de revisión esas mujeres son asumidas como miembros de un grupo minoritario y por ello se ha afirmado que la protección efectiva de las garantías fundamentales no solamente debe cobijar a quienes accionan mediante tutela, sino “a toda la población transgénero, la cual requiere medidas especiales de protección frente a la exclusión social derivada de la imposibilidad de vincularse a actividades productivas formales y con el fin de proveer condiciones de vida digna”.

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

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

“Con fundamento en estas consideraciones los amparos solicitados fueron concedidos y, por lo tanto, en el caso de la Sentencia T-476 de 2014 se le ordenó a la Subdirección de Asuntos LGBT de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá que, en el término de 48 horas, procediera a contratar a la peticionaria “en el cargo de asistente administrativa o uno similar”, mientras que en la Sentencia T-099 de 2015 se le ordenó a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional suspender “toda actuación administrativa tendiente a la entrega de la libreta militar” a la solicitante, habida

cuenta de su condición de mujer transexual.

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

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

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

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

“Al involucrar en lo decidido mediante sentencia de tutela al grupo de mujeres transexuales y, con ello, a la regulación atinente a la obligación de definir el servicio militar obligatorio

contenida en la Ley 48 de 1993, las Salas de Revisión mencionadas sientan una jurisprudencia en la que se torna patente el silencio del legislador sobre este grupo poblacional y la inconstitucionalidad de esa falta de regulación que deriva en el mantenimiento de la discriminación estructural históricamente consolidada, en la ausencia de medidas de protección destinadas a lograr que la igualdad sea real y efectiva, así como en la consiguiente prolongación del desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales que les son violados a las integrantes de la comunidad de mujeres transexuales.

“De las disposiciones sobre reclutamiento y servicio militar obligatorio hacen parte los preceptos que han sido demandados en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad bajo el cargo de haber incurrido el legislador en una omisión legislativa de carácter relativo, debido a haber ignorado a las mujeres transexuales por basar la regulación exclusivamente en la dicotomía hombre-mujer, conforme surge de un estricto criterio biológico que define el género de una persona al momento de nacer, sin atender a la vivencia íntima y personal de cada cual, que puede conducir a una identidad diferente a la asignada por terceros.

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

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

“En forma reiterada, la Corte Constitucional ha sostenido que la omisión legislativa de carácter relativo se presenta cuando, al regular una materia, el legislador omite darle soporte textual a una hipótesis que viene exigida por la Constitución, ausencia que torna incompleto el desarrollo legal y que doctrinariamente ha sido explicada, no como un vacío en la regulación, sino como la manera de dar lugar a un significado implícito y negativo, en

cuanto el silencio excluye de un beneficio o de una medida de protección a la persona o al grupo de personas dejadas por fuera al momento de dictar la ley.

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

“En la demanda que se examina la exclusión aducida es la de las mujeres transexuales tratándose de las regulaciones referentes a la obligación de definir la situación militar, contenidas en los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993. Ya se ha adelantado que las mujeres transexuales conforman un grupo que tradicionalmente ha sido sometido a condiciones de discriminación y que, en su caso, el deber que impone la Constitución, en su artículo 13, consiste en promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y en adoptar medidas favorables, por tratarse de un grupo discriminado o marginado.

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

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

que se le agrega, en el plano de sus significados o de las consecuencias lo que la Carta tiene previsto.

En el asunto del que ahora se ocupa la Corte la identificación del texto incompleto requiere de una precisión previa, dado que el actor ha señalado como fuentes de la regulación parcial a unos preceptos en que se impone la obligación de definir la situación militar a los varones y a una disposición en la cual el legislador alude a la mujer como titular de la prerrogativa de prestar voluntariamente el servicio militar que puede tornarse obligatorio en las condiciones allí mismo indicadas.

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

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

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

identidad de género femenina.

“Pero también podría la Corte, en lugar de adelantar ambos análisis, preferir uno de los dos que se ofrecen como posibilidades y estimar que, siendo uno solo el problema de base, alguno de los procedimientos brinda una mejor solución, en tanto más comprensiva o definitiva que la aportada por el otro. La Corporación estima que este es el camino a seguir en el caso que ahora la ocupa y hace notar que al operar sobre la expresión “varón”, lógicamente se impondría el tener que obrar sobre todos los preceptos legales que la utilicen para referirse a la definición de la situación militar y, de hecho, el demandante ha dirigido su acusación en contra de cinco de esos artículos: el 10, el 14, el 23, el 24 y el 25 de la Ley 48 de 1993 y nada garantiza que sean los únicos que la emplean para la finalidad anotada o que no se emplee en otras leyes con el mismo sentido y en referencia al servicio militar.

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

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

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

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

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

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

“Esta aproximación persiste en el concepto que la Procuraduría General de la Nación allegó a este proceso, en el cual se solicita la declaración de exequibilidad de las disposiciones demandadas, en las que el Ministerio Público no advierte omisión alguna “de la que se derive un trato discriminatorio injustificado”, pues “cuando el legislador señala la

obligatoriedad del servicio militar, acudiendo al criterio del sexo, señalando que están exceptuadas las mujeres y obligados los varones, establece como elemento de diferenciación un asunto biológico objetivo y no una referencia a la psicología, a la autonomía, o a ciertas características sociales de lo que se entiende por 'varonil' “.

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

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

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

“De ahí que la Corte haya manifestado que la exigencia de la libreta militar es un requisito

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

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

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

“Finalmente, la Corte hace énfasis en que la decisión adoptada constituye respuesta a la omisión legislativa de carácter relativo detectada en el parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 y en que, por ello, su efecto es aditivo, pues cuando se procede a preferir la

interpretación extensiva, descartando la restrictiva por inconstitucional, se suele afirmar, erróneamente, que se profiere una sentencia interpretativa, debido a que se repara en que el texto admite dos interpretaciones, una ajustada y otra contraria a la Constitución, entre las que se escoge la que se aviene a la Carta y se neutraliza la que la contradice.

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

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

“Así las cosas y de conformidad con lo expuesto, la decisión que se adopta en esta

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

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

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

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

“7. Síntesis de la providencia

“Al abordar la demanda presentada en contra de los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993 bajo el cargo de incurrir en omisión legislativa de carácter relativo, debido a no haberse referido a las mujeres transexuales tratándose de la obligación de definir la situación militar, la Corte encontró que esas personas hacen parte de un grupo sometido a una discriminación estructural, lo que exige la promoción de medidas protectoras que hagan posible la igualdad real y efectiva, pues su histórica condición de desventaja se manifiesta, además, en la violación de varios de sus derechos fundamentales, como la

autonomía, la identidad sexual, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

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

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

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

Fecha ut supra.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Acuerdo 01 del 20 de abril de 2015. Artículo 34.8. “Cuando el proyecto o estudio tenga la mayoría legal de los votos de los magistrados pero no la unanimidad, a cada uno de los disidentes se le concederá el plazo de cinco días para aclarar o salvar su voto, contados a partir del día siguiente a la recepción en su despacho de la copia de la providencia respectiva. Si el proyecto principal no obtiene en la Sala ese mínimo de votos, el proceso pasará al magistrado que corresponda en orden alfabético de apellido entre el grupo de los magistrados mayoritario, para que redacte el nuevo proyecto o el fallo definitivo, en el que se exponga la tesis de la mayoría. El magistrado ponente original podrá conservar la ponencia cuando concurra con la mayoría en las decisiones principales del fallo. Cuando como consecuencia de las deliberaciones hayan de efectuarse ajustes a la ponencia, el magistrado sustanciador dispondrá de diez días para depositar en la Secretaría el texto definitivo”.

[2] Constitución Política. Artículo 241.4. “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

[3] Corte Constitucional. Sentencia SU-120 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

[4] Ver, entre otras, sentencias T-221 de 2006; T-043 de 2007 T-287 de 2008; T-145 de 2008; y T-590 de 2008.

[5] Corte Constitucional. Sentencia C-428 de 2009. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

[6] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-504 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[7] *Ibíd.*

[8] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[9] En esta sentencia la Corte se refirió al menor como un “hermafrodita”. Vale la pena aclarar que dicha definición ha sido revaluada por la doctrina médica y el activismo social

por considerar que la misma es imprecisa y tiene una carga peyorativa alta. Actualmente el término adecuada para referirse a estos casos es el de intersexualidad.

[10] *Ibídem.*

[11] *Ibídem.*

[12] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-551 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional. Sentencia T-692 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz; y Corte Constitucional. Sentencia T-1021 de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

[13] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1025 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[14] *Ibídem.*

[15] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-152 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[16] *Ibídem.*

[17] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

[18] *Ibídem.*

[19] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

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

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

[21] *Ibídem.*

[22] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-918 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

[23] *Ibídem.*

[24] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-977/12. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada.

[25] Decreto 1260 de 1970. Artículo 94. El propio inscrito podrá disponer, por una sola vez, mediante escritura pública, la modificación del registro, para sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre, todo con el fin de fijar su identidad personal.

[26] *Op. Cit.* Sentencia T-977/12.

[27] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-476/14. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

[29] *Ibídem.*

[30] Cfr. Sentencia T-099 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

[31] *Ibídem.*

[32] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-891A de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[33] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[34] *Ibídem.*

[35] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-497 de 2015. Magistrada Ponente: María Victoria

Calle Correa.

[36] Op. Cit. Sentencia C-*185 de 2002.

[37] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 2002. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[38] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

[39] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-833 de 2013. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

[40] Ibídem.

[41] Ver, entre otras, las sentencias C-250 de 2011 y C-586 de 2014.

[42] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-619 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

[43] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2009. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[44] Ver entre otras las sentencias C-1095 de 2001, C-1143 de 2001, C-041 de 2002, A-178 de 2003, A-114 de 2004, C-405 de 2009, C-761 de 2009 y C-914 de 2010.

[45] Constitución Política. Artículo 114. "Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes".

[46] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

[47] Corte Constitucional. Sentencia C-128 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[48] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C -978 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[49] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[50] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-405 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[52] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C -978 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Ver también la sentencia C-533 de 2012. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

[53] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

[54] Corte Constitucional. Sentencia C-304 de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[55] Corte Constitucional. Sentencia C-856 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas

[56] Corte Constitucional. Sentencia C-447 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-641 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[57] Sentencia C-561 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[58] Ver, entre otros, auto 288 de 2001 y sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.