



Bogotá, D.C., 12 DIC 2018

Señores  
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL  
E. S. D.

REF: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 (parcial) de la Ley 1861 de 2017, “*Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización*”.

Demandante: María Lucía Torres Villarreal y otras

Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Expediente: D- 12897

Concepto 006500

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda instaurada por las ciudadanas María Lucía Torres Villarreal, Natalia Rodríguez Álvarez, María Alejandra Gálvez Alzate y Sarah Juliana Pinilla Rubiano<sup>1</sup>, quienes en ejercicio de la acción pública prevista en los artículos 40 y 242 *ibídem*, solicitan que se declare la exequibilidad condicionada de la palabra “varón”, contenida en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, cuyo texto se transcribe a continuación (se subraya lo demandado):

**“LEY 1861 DE 2017”**

(agosto 04)

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

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

**EL CONGRESO DE COLOMBIA**

**DECRETA:**

(...)

**TÍTULO SEGUNDO.**

**DE LA SITUACIÓN MILITAR.**

**CAPÍTULO I.**

**SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO.**

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

<sup>1</sup> Las ciudadanas presentan la acción en calidad de integrantes activas del Grupo de Acciones Públicas de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad del Rosario.

<sup>2</sup> Diario Oficial No. 50.315 del 04 de agosto de 2017.

## 1. Planteamientos de la demanda

Las demandantes consideran que la disposición acusada vulnera el derecho a la dignidad humana (artículo 1°, C.P.), el derecho a la igualdad (artículo 13, C.P.) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16, C.P.), puesto que la interpretación actual de la norma excluye de su alcance a los hombres transgénero, lo que los expone a la vulneración de sus derechos fundamentales por no contar con un procedimiento específico para regular su situación militar. Igualmente, alegan la configuración de una omisión legislativa relativa, dado el desconocimiento de un grupo en concreto y de una situación determinada que debe ser regulada, con el fin de proteger sus derechos fundamentales.

De manera general, exponen la terminología relevante y el fundamento jurídico de cada uno de los cargos, solicitan la exequibilidad condicionada del aparte demandado, porque el Estado debe tomar las medidas necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico y así garantizar que los hombres transgénero puedan materializar y exteriorizar su identidad, esto mediante un procedimiento o protocolo especial para la definición de su situación militar y posterior expedición de la respectiva libreta.

En cuanto al concepto de violación de los cargos en específico, sostienen en primer lugar, que el aparte demandado desconoce un valor fundante del Estado colombiano como lo es la dignidad humana, el cual se predica de todo ser humano por el solo hecho de serlo. Entonces, cuando una persona diseña un plan de vida según sus preferencias y características, la definición libre y autónoma de la identidad de género y la orientación sexual adquieren una relevancia especial como manifestación de la dignidad humana.

Afirman que si bien es cierto la legislación y jurisprudencia colombiana han dado pasos importantes en lo que se refiere al reconocimiento del género de los individuos, la libreta militar surge como el documento identitario representativo de la definición militar y que socialmente se traduce en "*masculinidad*", por lo que resulta necesario que los hombres transgénero accedan a él sin obstáculo alguno, como bien sucede con los hombres cisgénero, es decir, quienes se identifican con el sexo asignado al nacer. Por el contrario, negarles la posibilidad de acceder a este documento, bajo las mismas condiciones que a los hombres cisgénero, "*(...) afecta el derecho a la dignidad de los hombres transgénero, entendida como la facultad de elegir cómo desean vivir*".

Por estas razones, solicitan a la Corte Constitucional que: (i) interprete y condicione el término "*varón*", de manera que incluya tanto a los hombres transgénero como a los cisgénero; (ii) señale el procedimiento que aquellos deben seguir para regular su situación militar; y (iii) solicite al Ejército Nacional la adopción de protocolos para la solicitud y expedición de la libreta militar por parte de los hombres transgénero, con el consecuente respeto de su dignidad.



Concepto No. 005500

En segundo lugar, las demandantes afirman, luego de diversas citas jurisprudenciales, que la exequibilidad condicionada es idónea para garantizar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que *“(...) encuentra como únicos límites el núcleo esencial de los derechos ajenos y el orden constitucional establecido”*, de manera que se halla íntimamente ligado a la identidad y diversidad sexual del ser humano, la cual debe ser reconocida en documentos de identidad, pues así se garantiza que los mismos *“(...) respondan a sus elecciones y a la identidad de género con la cual se reconocen”*; todo esto de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Mencionan el Decreto 1227 de 2015 como norma que permitió que las personas transgénero corrigieran el componente “sexo” dentro del registro civil de nacimiento; no obstante, entendida la libreta militar como *“indicador de género, pues se entiende que su portador ha de ser una persona del género masculino”*, persiste un vacío normativo que representa un obstáculo para el ejercicio pleno del derecho a autodeterminarse bajo su libre elección. Las ciudadanas llaman también la atención sobre la aplicación actual del aparte demandado, que implica que los hombres transgénero no cuenten con un procedimiento especial para la expedición de la libreta militar, razón por la cual *“(...) se verían obligados a revelar su condición contra su voluntad y, de esta manera, se ve vulnerado su derecho a la intimidad”*.

Así, concluyen que *“negar a una población determinada los mismos mecanismos que tienen personas en situaciones similares obstruye la exteriorización que los hombres transgénero quieren realizar de su identidad”*.

En tercer lugar, y luego de verificar el contenido del derecho a la igualdad y de reiterar que la población transexual es un grupo en condiciones de vulnerabilidad por discriminación sistemática, las demandantes evidencian que el Estado ha iniciado algunas acciones o medidas afirmativas para lograr la igualdad material. Sin embargo, en el caso concreto se debe garantizar una igualdad para los hombres transgénero, *“(...) en la medida que deben tener resuelta su situación militar como cualquier otro ciudadano hombre”*, regulación que *“(...) debe ser distinta en cuanto a las medidas que se adopten para su protección durante todo el proceso de normalización de estatus militar (...), en atención a que se trata de un grupo de especial protección constitucional”*.

En este acápite se hace alusión a la Sentencia T-099 de 2015, que definió el alcance de la situación militar de las mujeres transgénero, lo que -en concepto de las accionantes- evidencia la falta de regulación frente a los hombres transgénero, y que hace *“latente una posible vulneración de los derechos de esta comunidad”*, pues se verían expuestos a exámenes médicos, a la divulgación forzada de su identidad y al cumplimiento del protocolo aplicable a los hombres cisgénero.

En consecuencia, y por la protección especial que los cobija, se requiere la aplicación de medidas afirmativas en su ingreso o rechazo, para lo cual plantean un test de igualdad estricto, del que concluyen que existe una desigualdad negativa entre hombres cisgénero y transgénero, lo que afecta los derechos de una población en condición de debilidad manifiesta.

Finalmente, sostienen que se configura una omisión legislativa y que se requiere que la Corte "(...) declare la constitucionalidad condicionada de la palabra "varón", entendiendo que incluye tanto a los hombres cisgénero como a los hombres transgénero". Concluyen con la sucinta presentación de unas consideraciones que servirían de guía para que la Corte determine las medidas afirmativas que deberían implementarse en cuanto se refiere al procedimiento aplicable a los hombres transgénero, para efectos de proteger los derechos fundamentales en juego.

## 2. Problema jurídico

Antes de formular el problema jurídico, el Ministerio Público advierte que los cargos por desconocimiento de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad, tienen el mismo núcleo argumentativo: la ausencia de un procedimiento especial para obtener la libreta militar por parte de los hombres transgénero, razón por la cual el cargo por omisión legislativa subsume los cargos restantes.

A partir de esta consideración general, el Ministerio Público considera que el problema jurídico que tiene que resolver la Corte Constitucional en el presente caso es el siguiente:

¿Incurrió el Legislador en una omisión legislativa relativa y, en consecuencia, vulneró la dignidad humana (art. 2 C.P.), el principio de igualdad (art. 13 C.P.) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art.16 C.P.), al establecer que todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar, pues este término excluye a los hombres transgénero?

## 3. Análisis constitucional

### 3.1. Cuestión previa: configuración de la cosa juzgada en sentido amplio.

El Ministerio Público constata que con anterioridad a esta acción pública, se profirió una sentencia en relación con un contenido normativo idéntico al que ahora se cuestiona, esto es, el artículo 14 de la Ley 48 de 1993; análisis que culminó con un estudio de fondo plasmado en la sentencia C-511 de 1994, en la que la Corte declaró la exequibilidad de la norma. Luego, en el año 2007, se presentó ante el tribunal constitucional una demanda contra la misma norma, y la Corte decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994.



Concepto No. 006500

Los cargos formulados en una y otra acción se circunscribían a la violación del derecho a la igualdad por no imponerse el servicio militar como obligación a cargo de hombres y mujeres. Entonces, planteado el debate y hecha la distinción entre hombre y mujer, la Corte precisó que esta última merece un tratamiento diferencial en atención a su misma condición anatómica, biológica, de sustento de la familia y la maternidad que tradicionalmente asume, razón por la cual se justifica su ubicación en el acápite de servicio militar voluntario.

Nótese que ninguna de estas sentencias menciona un enfoque diferencial ni fija como centro de debate los derechos de que es titular un grupo de especial protección constitucional como lo es la comunidad transgénero, por lo que en el presente caso no opera la cosa juzgada material, pues no se configuran sus elementos<sup>3</sup>.

### 3.2. Sobre la configuración de una omisión legislativa relativa

El Ministerio Público solicitará a la Corte Constitucional que se declare inhibida frente a la demanda presentada, conforme a los argumentos que se exponen a continuación.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la protección del autoreconocimiento del individuo es aplicable a grupos históricamente marginados y violentados, por lo que en la actualidad tienen especial protección constitucional. En esta categoría se encuentran las personas transgénero.

Cabe anotar que al mencionar a las personas transgénero, se hace referencia a quienes les fue asignado un sexo biológico al nacer y luego se encuentran con dudas frente a su autodeterminación y su sexo biológico, razón por la que optan por su reafirmación sexual -desde un ámbito médico, jurídico, social- y deciden hacer un tránsito hasta alcanzar una coherencia entre su cuerpo, su autoreconocimiento y su sexo legal, por lo que deciden asumir un género con el que se identifican desde su propia vivencia personal y según el cual quieren vivir y ser tratados<sup>4</sup>: Sobre este punto la Corte dijo:

*“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 vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás”<sup>5</sup>.*

Todo esto explica la necesidad de dar un trato diferenciado y que disminuya la discriminación a que se ven expuestos, razón por la cual la ley y la

<sup>3</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-259 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>4</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-476 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-152 de 2007. M, P. Rodrigo Escobar Gil.

jurisprudencia, a la luz de los principios y valores constitucionales, han protegido el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía del individuo.

Desde el punto de vista normativo, por ejemplo, la expedición del Decreto No. 1227 de 2015<sup>6</sup> constituye un importante paso normativo para flexibilizar la corrección del componente *sexo* en el registro civil de nacimiento, y por lo tanto, en los documentos de identidad, cambio que da lugar a la asunción de las respectivas consecuencias jurídicas.

Desde la perspectiva jurisprudencial, la Corte ha concedido el amparo de los derechos fundamentales de la comunidad transgénero en casos de cambio de sexo en los documentos de identidad (previa expedición del Decreto 1227 mencionado), en procedimientos quirúrgicos y hormonales en situaciones de hermafroditismo con conflicto y la forma en que opera el consentimiento informado, así como en casos de intersexualidad de menores de edad o de procedimientos quirúrgicos para la reasignación de sexo.

Así mismo, en la sentencia T-099 de 2015 la Sala de revisión estudió el caso de una mujer transexual que no había podido cambiar su *sexo* en el Registro Civil de Nacimiento y por tanto en sus documentos seguía apareciendo como de sexo *masculino*; por no haberse presentado a regularizar su situación militar a tiempo, las Fuerzas Militares le exigieron el pago de una multa como requisito para la expedición de su libreta militar. Dada su pertenencia a una minoría y vistos los obstáculos que para ese momento tuvo al cambiar el sexo en su documento de identidad, la Corte amparó los derechos de la accionante y se ordenó al Ejército Nacional detener todo trámite tendiente a otorgar la libreta militar a la accionante, dada su condición de mujer. Además, la Corte ordenó al Ministerio de Defensa y al Comando General de las Fuerzas Armadas desarrollar protocolos y mecanismos garantistas para el reclutamiento de hombres transexuales y que contemplen la posibilidad de prestación del servicio militar por parte de las mujeres transexuales, con la pedagogía necesaria para implementarlos.

En la sentencia C-584 de 2015 la Corte Constitucional resolvió sobre una demanda que planteaba que el Legislador, al expedir la Ley 48 de 1993 incurrió en una omisión legislativa, porque "(...) *la expresión 'varones' y 'mujeres' de las normas, excluyen a las personas transgénero*". La Corte Constitucional se inhibió por las siguientes razones:

*"[...] la Sala considera que el demandante no explica porque el Legislador debe incluir el concepto trans en las normas relativas a las obligaciones generales que tienen todos los hombres frente al sistema de reclutamiento y conscripción obligatoria en Colombia. Esto, toda vez que las Salas de Revisión han dicho también que así como la expresión "mujer" debe extenderse a las personas transexuales, la expresión*

<sup>6</sup> Decreto proferido en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia T-063 de 2015, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.



Concepto No. 008500

*“varón” no incluye a aquellas ciudadanas a las que le fue asignada el sexo masculino al nacer pero que se autoreconocen plenamente como mujeres. Nuevamente, se observa como el actor no cumplió con una carga argumentativa mínima y suficiente que le permitiera a la Corte entrar a evaluar de fondo la constitucionalidad de las normas demandadas”.*

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

Así, es evidente que la Corte se ha alejado de la interpretación estrictamente biológica de los vocablos *mujer* y *hombre*, de manera que en los mismos se debe incluir toda persona cuyo documento de identidad revele como sexo el femenino o el masculino, respectivamente, independiente de la identidad cisgénero o transgénero que de manera autónoma cada quien elija.

Esto es particularmente relevante, porque las accionantes consideran que la palabra *“varón”* excluye a los hombres transgénero de su aplicación y, por ello es que consideran que existe una omisión legislativa relativa que desconoce el principio de dignidad humana, el principio de igualdad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Así las cosas, y al verificar el cumplimiento de los requisitos para la estructuración<sup>7</sup> de la omisión legislativa, no se encuentra un argumento válido según el cual la presunta falencia sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador, pues no se indica la fuente constitucional de dicho deber, en virtud del cual aquel debe enumerar todas las personas que están comprendidas dentro del término *“varón”*.

Esta insuficiencia de la demanda, sumada a la inexistencia de referentes legales que indiquen que la palabra *“varón”* excluye a los hombres

<sup>7</sup> En sentencia C-359 de 2017, Magistrado Ponente José Antonio Cepeda Amaris, a propósito de la omisión legislativa, se anotó: “De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la existencia de una omisión legislativa relativa requiere constatar (i) que existe una norma sobre la cual se predique el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad injustificada 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”.

transgénero, impide hacer el juicio de contradicción normativa que solicitan las accionantes. En efecto, lejos de explicar la razón por la que consideran que el legislador tenía un deber específico para tratar la materia, se evidencia que aquel lo acató al punto que derogó la Ley 48 de 1993 y en el nuevo régimen de servicio militar -Ley 1861 de 2017- se ocupó, por ejemplo, de incluir un literal diferenciador para “(l)os varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil”<sup>8</sup>, exonerándolos de prestar el servicio militar obligatorio, lo que indica que la postura legislativa tampoco emplea el vocablo “varón” en una dimensión estrictamente biológica.

Y es precisamente este contexto normativo el que refuerza el criterio de la Corte Constitucional y el enfoque diferencial que se ha alcanzado en el ordenamiento vigente, toda vez que la redacción de la norma no impide que los hombres transgénero accedan, en condiciones de igualdad frente a los hombres cisgénero, a la obtención de su libreta militar, ni resulta generadora de inequidades.

Así las cosas, se estima que en este caso se está ante una inepta demanda que hace inviable un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional. En efecto, es importante recordar que el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 establece que uno de los requisitos formales de las demandas de inconstitucionalidad es el de expresar las razones por las cuales los textos demandados se consideran violatorios de la Carta Política. Para que se entienda cumplido tal requisito en debida forma dicha Corporación ha entendido que, entre otras cosas, tales razones deben ser ciertas<sup>9</sup>.

Esto significa que las razones que sustentan el cargo de inconstitucionalidad deben recaer sobre una proposición jurídica real y existente; es decir, debe tratarse de una interpretación que en realidad se derive de la norma acusada, y no de interpretaciones o alcances que no correspondan al texto legal en cuestión.

Ahora bien, lo que evidencia el Ministerio Público es que las accionantes, en realidad alegan una omisión de carácter reglamentario, pues proponen la ausencia de un protocolo aplicable a los hombres transgénero que no puede confundirse con una omisión legislativa. En efecto, el artículo 189-11 constitucional faculta al Presidente de la República para expedir los decretos reglamentarios como una actividad típicamente administrativa. Estos decretos no pueden adicionar la ley que reglamenta, ni variar su sentido, ni

<sup>8</sup> Ley 1861 de 2017, artículo 12, literal k.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa): “Las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita” e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”.



Concepto No. 006500

exceder sus términos; por el contrario, debe coincidir en su sentido general con la Constitución Política y la ley, para que así produzca los efectos que le son propios.

Entonces, para la Procuraduría no existe la aparente omisión legislativa alegada por las accionantes, pues el vocablo “varón” no desconoce ningún deber constitucional, y en uso de la potestad reglamentaria el Ejecutivo debe expedir un protocolo de atención con enfoque diferencial dirigido a los hombres transgénero que les permita materializar y exteriorizar, a través de su libreta militar, la identidad de género con la que se identifican.

Así las cosas, no se genera duda alguna sobre el alcance normativo de la palabra “varón”, en relación con la obligación de cumplir con la regularización de la situación militar, y que cubre tanto a los hombres cisgénero como a los hombres transgénero, por el hecho de pertenecer al género masculino conforme al sexo anotado en la cédula de ciudadanía y en el registro civil de nacimiento.

#### 4. Solicitud

Por las razones expuestas, el Ministerio Público respetuosamente solicita a la Corte Constitucional que se declare **INHIBIDA** respecto de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra la palabra “varón”, contenida en el artículo 11 (parcial) de la Ley 1861 de 2017, “*Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización*”.

De los Señores Magistrados,

  
**FERNANDO CARRILLO FLÓREZ**  
Procurador General de la Nación

LOM/amf

