



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrada ponente: **DIANA FAJARDO RIVERA**

E.S.D.

Referencia: Expediente número **D-12802**

Asunto: Concepto del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, dentro de la acción pública de inconstitucionalidad contra el art. 12 (parcial) de la Ley 1861 de 2017 por la cual se reglamenta “El servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización” presentada por SONIA MARLENY OSORIO BOTERO.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; **KIMBERLY GUZMÁN GÓMEZ**, abogada de la Universidad Libre y miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional y **LEYDY JAZMIN RUIZ HERRERA** estudiante de derecho de la Universidad Libre y miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, actuando como ciudadanos e identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según auto del 3 de agosto de 2018, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto al auto de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

I. Norma demandada

Art. 12 (parcial) de la Ley 1861 de 2017 por la cual se reglamenta “El servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”, que dispone en su literal K la exclusión del servicio militar obligatorio para los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil.

II. Antecedentes

La inconstitucionalidad de la disposición se fundamentó en la trasgresión de los artículos 1, 13, 16 y 21 de la Constitución Política de Colombia (en adelante ConsPol), los artículos

1, 2 y 3 de la Declaración Universal de los derechos humanos y el artículo 5 de la Convención Americana sobre derechos humanos.

La accionante considera que la disposición demandada desconoce, por la vía de la omisión legislativa, el derecho de las mujeres que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil a decidir voluntariamente si prestan servicio militar, como lo pueden hacer los hombres que han cambiado su componente masculino al femenino, es decir, las mujeres transgénero.

Indica que al no contemplar este derecho la norma genera un vacío que pone a esta comunidad en una situación de indeterminación respecto de la definición de su situación militar que desconoce los avances jurisprudenciales nacionales e internacionales sobre los derechos de las personas transgénero.

III. Postura del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

El problema jurídico a resolver es si la norma demandada desconoce el derecho a la **igualdad** de las mujeres que hayan cambiado su componente femenino al masculino, en su registro civil de nacimiento por vía de omisión legislativa al no contemplarlas como excepción a la obligación de prestar servicio militar y en consecuencia privarlas del derecho de decidir voluntariamente si prestan servicio militar.

Para resolver el problema planteado, la intervención se desarrollará con la siguiente estructura. A. Derechos de la personas transgénero y servicio militar, B. Test de igualdad de la medida adoptada por el legislador y C. Conclusiones.

A. Derechos de la personas transgénero y servicio militar.

La situación de violencia, discriminación y criminalización hacia las personas pertenecientes a la comunidad LGTBIQ ha sido plenamente identificada y analizada por distintas corporaciones y organizaciones nacionales e internacionales.

La ONU¹, CEDAW² y OEA³ han avanzado en el estudio del tema en distintos documentos. Igualmente la CoIDH se ha referido sobre la materia en el análisis de casos como Karen

¹ La Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género

² La Observación General No. 28

³ la Resolución AG/RES.2345, AG/RES.2540, AG/RES.2600, AG/RES.2653, AG/RES.2721, AG/RES.2807

Atala Riffo e hijas Vs. Chile⁴, Duque Vs. Colombia⁵ y Flore Freire Vs. Ecuador⁶ y en la Opinión Consultiva OC-24 de 2017 solicitada por Costa Rica. Esta última, estableció que la identidad de género diversa es una construcción identitaria, libre y autónoma de cada persona independientemente de su genitalidad⁷. A su vez, el TEDH desarrolló el tema en L contra Lituania y Christine Goodwin contra el Reino Unido, en este último consideró que las decisiones del gobierno británico violaron los artículos 8 y 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, particularmente por la actitud contradictoria de financiar con dineros públicos los procesos de cambio de sexo pero no reconocer los cambios en el estado civil y legal que trae el tránsito de un género a otro.

En Colombia, la Corte Constitucional (en adelante CortCons) ha sido el principal actor público en cuanto a garantías de protección de los derechos de esta comunidad en Colombia. A través del estudio de casos de tutela y de constitucionalidad ha permitido el avance en el reconocimiento de los derechos por medio de fallos conmemorables como las sentencias T-314 de 2011⁸, T-918 de 2012⁹, T-876¹⁰ de 2012, T-476 de 2014¹¹ y C-114 de 2017¹², que han reforzado su reconocimiento como una comunidad específica en

⁴ La CoIDH analizó la situación de una mujer a la cual se le privó del derecho de custodia sobre sus hijos y se le afectó laboralmente por ser homosexual. Estableció que la diferencia de trato por orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación protegida y declaró al Estado responsable por no cumplir con su obligación de evitar la exclusión o negación de la condición homosexual de la víctima.

⁵ La CoIDH analizó la negación de la pensión de sobrevivientes por motivos de homosexualidad. En esta oportunidad concluyó que el Estado no presentó ninguna justificación objetiva ni razonable para restringir el acceso a la pensión de sobrevivientes basada en la orientación sexual.

⁶ La CoIDH estudió la separación del cargo de las fuerzas armadas ecuatorianas del señor Flor Freire en razón a una orientación sexual percibida. Declaró la responsabilidad del Estado Ecuatoriano e insistió en que ni las autoridades estatales ni los particulares pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, sea real o percibida.

⁷ Corte IDH, Opinión consultiva 24/17, solicitada por Costa Rica, 24 de noviembre de 2017. Pág. 47, párr.94.

⁸ En este caso la persona accionante alega ser sujeto de discriminación al no permitirle ingresar a un concierto de música en el Hotel Tequendama por ser parte de la comunidad LGTBIQ. Aunque la CortCons no logró establecer a través del material probatorio la veracidad de los hechos denunciados, reconoció que las personas transgeneristas han sido históricamente discriminadas y exhortó a las autoridades a no cometer conductas que puedan constituir discriminación,

⁹ En este caso la persona accionante alega que su prestadora de servicio de salud se niega a practicar la intervención médica para cambio de sexo. La CortCons concede el amparo a sus derechos fundamentales a la identidad sexual (aún cuando el término adecuado para este caso debió ser identidad de género) y a la salud y en consecuencia ordena la práctica de la intervención de reasignación de sexo así como la expedición de un nuevo registro civil en el que conste el sexo femenino.

¹⁰ En esta sentencia la CortCons concedió a una persona su deseo de cambiar de sexo, defendiendo el derecho a la salud y a la vida digna. Así expuso la corte que la salud dentro del ordenamiento jurídico nacional goza de una doble connotación, en tanto servicio público esencial y como derecho fundamental. Se debe agregar además que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad también implica necesariamente el reconocimiento al derecho a la identidad sexual y a la identidad de género

¹¹ En este asunto la CortCons se pronunció por el caso de una mujer trans que no pudo ser contratada en un distrito de Bogotá especializada en asuntos LGBT por no tener la libreta militar. En este caso la CortCons considero que para la accionante no era requisito exigible la libreta militar ya que esta persona se reconoce como persona transgenero, y así se muestra ante la vida pública y social, y al pedir este documento que es exigido para un determinado género (masculino) para el cual ella no se identifica estaría desconociendo su derecho al libre desarrollo de la personalidad

¹² Una acción de inconstitucionalidad fue instaurada en contra del artículo 6 del decreto 999 de 1988. Donde se impuso una limitación con respecto al cambio del nombre en documentos de identidad, y que este cambio se pueda hacer en más de una ocasión. El accionante indica que esa posición vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por ende la CortCons consideró que el nombre al cambiarse en los documentos de identidad por segunda vez puede considerarse como urgente, ya que esto da como propósito armonizar la identidad de género o evitar prácticas discriminatorias.

situación de vulnerabilidad y ha garantizado la protección a la orientación sexual e identidad de género. Sin embargo, no se ha pronunciado aún sobre el tema específico de estudio. No obstante, realizó un análisis cercano en la sentencia T- 099 de 2015, en este fallo la CortConst conoció el caso de la señora Gina Hoyos Gallego, quien se dirigió al Distrito Militar de Soacha y presentó su registro de víctima para que la eximieran de pagar la cuota de compensación de la libreta militar. Sin embargo, su petición fue rechazada pues se consideró que ella debía haberse presentado 10 años antes.

La CortCons consideró que las autoridades desconocieron abiertamente los alcances y contenidos de los derechos a la dignidad, a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad. Indicó que no se observó esfuerzo alguno por parte de las autoridades por aplicar un enfoque diferencial que tuviera en cuenta la identidad de género y la forma como la tutelante se autoreferenciaba. Además, se resaltó que la peticionaria fue sometida a una serie de procedimientos administrativos que constituyeron acciones que atentaron contra su dignidad y que la sometieron a un trato denigrante al ser tratada de manera sistemática como si fuera un hombre. Finalmente, concluyó que 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.

Adicionalmente, la CortConst guarda especial atención en la situación estructural de discriminación que sufren las **personas** transexuales. Señala como inadmisibles la idea de que la identidad de género y la orientación sexual sean sometidas a un escrutinio público y médico o por acciones que pretendan patologizar las expresiones asociadas a sus esferas más íntimas y privadas. De esta manera, reconoce y hace **evidente los niveles de discriminación contra las mujeres y los hombres transexuales**.

A partir de lo anterior, en una decisión controvertible, ordenó al Ministerio de Defensa diseñar e implementar un protocolo de admisión de hombres transexuales y de mujeres transexuales, añadiendo, que en principio, los primeros estarían en la obligación de prestar el servicio militar, mientras los segundos lo harían de manera voluntaria. Pese a ello, en la parte motiva de la sentencia, la CortConst no realizó ningún análisis de fondo sobre el primer caso, salvo las consideraciones que tuvo en cuenta desde el derecho comparado.

En dichas consideraciones, resaltó especialmente el caso de Israel, Estados Unidos, Canadá, Australia y Reino Unido. Señaló que (i) en Israel, en 2013 se conoció que la Dirección de Reclutamiento aceptó que una mujer transexual prestara el servicio junto a las mujeres cisgénero y en 2014 el primer hombre transexual se graduó como oficial del Ejército israelí junto a otros hombres cisgénero, (ii) en Estados Unidos numerosas organizaciones de defensa de la comunidad LGBTI han controvertido la legalidad de las normas del Departamento de Defensa que prohíben que las personas transexuales presten el servicio militar y (iii) en Canadá, Australia y Reino Unido se ofrecen amplias

garantías de acceso para **las mujeres y los hombres** transexuales que desean ingresar voluntariamente al ejército.

Este análisis le permitió concluir a la CortConst que (i) la protección constitucional a la identidad de género también implica reconocer que existe un derecho de las **personas** transexuales a prestar servicio militar de manera voluntaria y (ii) que la discusión no solo gira alrededor de las mujeres transgénero, sino a las garantías de **hombres y mujeres transgénero**.

B. Juicio integrado de igualdad

La jurisprudencia constitucional ha adaptado las fortalezas del juicio de proporcionalidad y del juicio de igualdad para conformar el criterio del *juicio integrado de igualdad*, el cual está compuesto por los pasos del juicio de proporcionalidad, a saber, el análisis de adecuación, idoneidad y proporcionalidad de la medida y también ha utilizado los criterios brindados por el test de igualdad, con el fin de realizar un análisis de igualdad de diferente intensidad, dependiendo de si se está ante el caso de un test estricto, intermedio o flexible.¹³

El juicio integrado de igualdad se compone de varias etapas de análisis. En primer lugar, se debe exponer **la cláusula general**, punto en el cual se identifican los sujetos que se diferencian en la relación fáctica, con el fin de calificarla dentro de alguno de los siguientes mandatos que la Corte ha establecido para el principio-derecho a la igualdad: 1. Trato idéntico a destinatarios en circunstancias idénticas; 2. Trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas circunstancias son enteramente diferentes; 3. Trato paritario a destinatarios cuyas similitudes sean más relevantes que sus diferencias; y 4. Trato diferenciado para quienes sus diferencias sean más relevantes que sus similitudes.¹⁴

En este caso, tenemos dos grupos de personas que poseen semejanzas y diferencias – hombres y mujeres transgénero– con una semejanza determinante: su situación de vulnerabilidad.

La situación de vulnerabilidad de las personas transgénero ha sido determinada por la discriminación y marginación histórica a la que ha sido sometida esta comunidad¹⁵. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre “Violencia contra persona LGTBI” señaló que aún se presentan agresiones contra las personas con motivo de su orientación sexual e identidad de género por el deseo de castigar dichas expresiones que difieren de las normas tradicionales del género binario.

¹³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-104 de 2016.

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-250 de 2012.

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-007 de 2016.

La situación descrita genera un escenario de **vulnerabilidad** para esta comunidad, razón por la cual, ha sido la CortConst la corporación encargada de reconocer a las personas con orientación sexual o identidad de género diversas como **sujetos de especial protección constitucional**¹⁶.

Aunado a lo anterior, el servicio militar, históricamente ha tenido un carácter patriarcal. El sistema patriarcal se refiere a que, desde los primeros pueblos se estableció una relación jerárquica entre donde el hombre es superior a la mujer, y esta se encuentra dominada o subordinada al hombre. Dicho sistema se fundamenta, entre otros, por las características biológicas de los individuos, teniendo a la mujer como un ser con fuerza física inferior a la de los hombres.

De acuerdo con la CortConst, lo descrito anteriormente se ha extendido a distintos ámbitos de la sociedad, tales como la familia, la educación, el trabajo, entre otros, que han puesto en una situación de desfavorabilidad a las mujeres¹⁷. Tal es el caso de las Fuerzas Armadas del país, ya que históricamente este conjunto de instituciones castrenses han reproducido el sistema patriarcal bajo la consideración tradicional de que son los hombres quienes deben asumir la responsabilidad o carga de enlistarse al servicio militar.

Además, habrá de tenerse en cuenta que para la expedición de la libreta militar, los ciudadanos son sometidos a un proceso previo de inscripción, valoración médica, sorteo, concentración, incorporación y clasificación que implica una limitación a los derechos fundamentales que aunque ha sido considerada constitucional, no lo sería en aplicación a personas transgénero, hablando de mujeres u hombres, en el entendido de que someterlos a dicho procedimiento podría resultar como un episodio revictimizador.

A partir de lo anterior, resulta evidente que independientemente de que se trate de hombres o de mujeres transgénero, la situación de vulnerabilidad se predica de toda la comunidad y que en un escenario de servicio militar se agrava, teniendo en cuenta que en dicho espacio las concepciones tradicionales del género binario, así como del sistema patriarcal, están vigentes, por lo cual, tanto mujeres como hombres transgénero se verían sometidas a un escenario discriminatorio.

Ahora bien, el trato paritario que se exige en este caso es que, así como las mujeres transgénero son excluidas de la obligación de prestar servicio militar, los hombres transgénero, en virtud de ser parte de una comunidad históricamente discriminada sujeta a especial protección constitucional, también sean excluidos de dicha obligación.

A continuación, se debe abordar el segundo paso del juicio integrado, este es, la **tertium comparationis**, en donde se describirá en virtud de qué actuación se da la presunta diferenciación y con base en qué criterios se establece.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencias T-314 de 2011, T-918 de 2012, T-876 de 2012, T-476 de 2014 y C-114 de 2017.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-078 de 2014

Se identifica entonces, que con el literal k del artículo 12 (parcial) de la Ley 1861 de 2017 por la cual se dispone la exclusión del servicio militar obligatorio para los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil, el legislador creó un tratamiento diferenciado en relación con las mujeres colombianas que hayan cambiado su componente femenino al masculino al no incluirlas en los casos de exclusión de servicios militar obligatorio.

Como tercera parte de este juicio, se procede a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos:

- (a) el fin buscado por la medida,
- (b) el medio empleado y
- (c) la relación entre el medio y el fin.

Como ha sido establecido por la jurisprudencia constitucional, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Consideramos que (i) la norma en cuestión nos remite a una clasificación sospechosa por afectar lo señalado en el artículo 13 constitucional referente a la violación del derecho a la igualdad por razones de sexo y, (ii) la medida legislativa es subsumible en un acto que afecta un derecho fundamental, en este caso la igualdad. Por lo anterior, la medida deberá analizarse bajo un **test estricto**.

El nivel de este test ha sido categorizado como el más exigente, ya que busca establecer si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto aspecto de análisis, referente a si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales¹⁸.

Así entonces, lo primero que se debe referir en relación con el fin perseguido por esta medida, es que el legislador actuó con el objeto de *“mejorar las condiciones de accesibilidad laboral de muchos colombianos hombres que aun hoy siendo exentos de la prestación del servicio militar e incluso siendo personas que tienen hijos y familias constituidas siendo mayores de 24 años, no han podido resolver su situación militar por que los altos costos de las multas no les permite resolver su situación”*¹⁹. Sin embargo, de la exposición de motivos no es posible extraer una justificación específica sobre el tratamiento específico a que se refiere la demanda.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-104 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁹ Exposición de motivos del proyecto de ley.

También se observa que la Constitución Política impulsa a los ciudadanos a una obligación genérica y específicas con respecto a la fuerza pública. Esto es con la finalidad de preservar la paz social, por ende los ciudadanos no pueden quedar desprovistos del cumplimiento de las obligaciones. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el servicio militar obligatorio se explica por varios fines constitucionales del Estado, particularmente con el deber de proteger la integridad del territorio y mantener el orden público; sin embargo dicho mandato no es absoluto y la CortConst ha reconocido límites al mismo.

En este caso, la medida adoptada por el legislador no supera el primer paso del test. En efecto, no es posible encontrar un fin imperioso que justifique el tratamiento diferenciado dado a los hombres transgénero en relación con el de las mujeres transgénero, obligándolos a someterse a un contexto agravado de discriminación, como lo es, el servicio militar.

La constatación de la falta de razones imperiosas para dar un tratamiento diferenciado y que ha generado un trato discriminatorio, hace innecesaria de la aplicación de los demás pasos juicio estricto de igualdad, 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 los objetivos buscados.

C. Conclusión

Si bien, el legislador está facultado constitucionalmente para imponer a los ciudadanos a una obligación genérica y específicas con respecto a la fuerza pública con la finalidad de preservar la paz social, proteger la integridad del territorio y mantener el orden público, dicho mandato no es absoluto y admite excepciones, teniendo en cuenta que pese a su amplia potestad de configuración, el legislador no puede vulnerar derechos fundamentales.

En concordancia con ello, dada la vulneración al principio a la igualdad en el que incurrió el legislador al excluir a las mujeres que hayan cambiado su componente femenino al masculino en su registro civil de nacimiento al no contemplarlas como excepción a la obligación de prestar servicio militar y en consecuencia privarlas del derecho de decidir voluntariamente si prestan servicio militar, pese a que las mismas hacen parte de un grupo poblacional históricamente discriminado y a que el servicio militar está integrado por instituciones castrenses con un carácter patriarcal histórico, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre considera en esta ocasión que, de acuerdo al deber de velar por tomar las medidas pertinentes y necesarias que contribuyan a fomentar la igualdad real y efectiva, la solicitud de los accionantes en la presente acción pública de inconstitucionalidad por vía de omisión legislativa es procedente.

IV. Solicitud

Por las razones expuestas anteriormente, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre, respetuosamente le solicita declarar la INEXEQUIBILIDAD del aparte demandado, bajo el entendido que la no inclusión de las mujeres que hayan modificado su sexo al masculino, es decir hombres transgénero, genera afectación directa al derecho a la igualdad de los mismos como miembros pertenecientes a una población históricamente discriminada.

De los señores Magistrados,

Cordialmente,



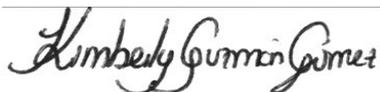
JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 # 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.

Correo: jkbv@hotmail.com



KIMBERLY GUZMÁN GÓMEZ

C.C 1.032. 484. 634 de Bogotá

Abogada de la Universidad Libre, Bogotá.

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Correo: kimberly.guzman.gomez@gmail.com

Cel.: 3123093426

LEYDY JAZMIN RUIZ HERRERA

C.C. 1010237321 de

Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Bogotá.

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Correo: jazminruiz2898@gmail.com

Cel.:3143302898