

# Intervención de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué en la demanda de inconstitucionalidad contra el literal k del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017. Sentencia C-356/19

María Cristina Solano de Ojeda

• **Publicación:** 17/12/2019

Para citar este artículo

Solano de Ojeda, M. (2019). Intervención de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué en la demanda de inconstitucionalidad contra el literal k del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017. Sentencia C-356/19. *Dos mil tres mil*, 21. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/2107>



Las demandas de inconstitucionalidad hacen parte del ejercicio democrático mediante el cual el ciudadano acude a la jurisdicción constitucional, en busca de proponer por parte de la Corte el análisis de una norma que se acusa de contradecir la Constitución.

Las universidades del país son invitadas a participar en el trámite inicial que surte la demanda, con el propósito de proporcionar su interpretación jurídica entre la norma demandada y la Constitución Política. Este ejercicio previo a la decisión final de la Corte Constitucional se ha convertido en un espacio valioso de expresión de la voz académica en el contexto práctico de una decisión judicial.

El lector encontrará a continuación, el concepto proyectado por la profesora María Cristina Solano de Ojeda y presentado por Luis Fernando Sánchez Huertas, decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, en representación de esta unidad académica en el trámite de la demanda de inconstitucionalidad de la norma dispuesta en el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017. Esta controversia jurídica fue resuelta mediante la Sentencia C-356/19 que puede ser consultada aquí.

## Concepto

### 1. De la demanda de inconstitucionalidad

La ciudadana Sonia Marleny Osorio Botero solicita a Honorable Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de la disposición de la referencia, que contempla como causal de exoneración del servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad a: **K. Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil.** Agrega, como decisión alternativa, en caso de que no se acepte la inconstitucionalidad, la de la “exequibilidad condicionada de la misma en el entendido de que sus preceptos también cobijan a las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento.” (Texto entre comillas extraído de la demanda)

La accionante Sonia Osorio sustenta la demanda en una supuesta violación al “derecho a la igualdad, a la honra y a la dignidad humana de una población vulnerable denominados transgénero y así someterlos a situación de trato discriminatorio”. (Texto entre comillas extraído de la demanda). Como normas violadas cita los artículos 1, 13, 16 y 21 de la Carta Constitucional, la Declaración Universal de los derechos humanos, artículos 1, 2, y 3 y la Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José) artículo 5. Normas consagradas al respeto de la dignidad humana, a la no discriminación, al principio de igualdad real, a la protección de las personas con debilidad manifiesta, a la integridad personal entre otros.

Puntualmente, considera que:

La identidad de género y la identidad sexual son aspectos inherentes a los individuos que hacen parte de su fuero interno, pero deben tener la posibilidad de ser exteriorizados plenamente por ser

reconocidos y respetados, incluso de generar o excluir de ciertas consecuencias jurídicas... (Hoja 7 de la demanda).

Además, entendemos que el cambio de sexo aparece para la persona que lo realiza, rechazo y discriminación como afirma el demanda, de tal manera que la convierte en un sujeto vulnerable y muy posiblemente víctima de violencia por alguna parte de la sociedad que no acepta a las personas diversas. Siendo este el punto que permite a la accionante, demandar que el Estado, permita a la mujer que ha cambiado su sexualidad hacia la masculina, decidir si presta o no el servicio militar obligatorio.

Por lo tanto, se acusa a la Ley 1861 de 2017 de haber incurrido en una omisión legislativa, al dejar por fuera de las excepciones para prestar el servicio militar a las personas que habiendo sido inscritas en el registro civil como mujeres deciden cambiar por la de hombres. Además, la nueva condición de hombre pasa a sustituir en el registro a la de mujer. Omisión legislativa que la demanda de inconstitucionalidad ha calificado de relativa o parcial, lo que le da la competencia a la Corte Constitucional para ejercer el control que se le solicita.

Entrando en materia, se afirma que el reclutamiento que reglamenta la Ley 1861 de 2017, “desconoce el derecho de las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento a poder decidir si presta el servicio militar o no...” (Hoja 15 de la demanda).

## **2. Concepto de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué**

Atendiendo la invitación que la H. Corte Constitucional ha hecho a la Universidad de Ibagué, representada para este propósito por el suscrito Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, procedemos a considerar lo siguiente: El Servicio militar obligatorio ha sido concebido por nuestro país, como una más de las formas de cumplir con los fines del Estado, en su particular deber de mantener el orden público. El mandato, como dice la Corte Constitucional en la Sentencia T-099 de 2015, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado, no es absoluto y por lo tanto se le han reconocido límites mediante la ponderación de los derechos fundamentales, como los de libertad de conciencia y de cultos.

Precisa que las normas que reglamentan el servicio militar obligatorio tienen como destinatarios exclusivos a los hombres; y, en consecuencia, excluyen a las mujeres. No dice nada sobre las personas que no se identifican como hombre o mujer, no obstante que hay personas que no se reconocen, hombre o mujer ya que participan de las dos condiciones, sin que una se imponga o anule la otra, o porque naciendo hombre o mujer no se reconozcan como tales. No obstante, que muchos niños al nacer son sometidos a procedimientos para asignarles uno de los sexos. Transformación que acarrea consecuencias para el proyecto de vida que cada persona se propone alcanzar. Siendo esta una razón más, para que el Estado se ocupe de permitir el cambio de sexo, con lo cual ayuda, a que el proyecto de vida que se propone alcanzar sea una realidad.

Valga la pena traer a colación que, al contrario de lo que ocurre en Colombia, algunos países como Australia, Nueva Zelandia, Nepal, Pakistán, India, Estados Unidos y Canadá entre otros, reconocen la existencia de un tercer sexo. En Australia, por ejemplo, el Tribunal Supremo en 2014 reconoció que, además de mujeres y hombres, hay un género neutro, que puede registrarse. El género se conoce como no específico.

En la legislación nacional, aunque la ley y el precedente han registrado derechos a favor las personas que no se igualan a un hombre o mujer, la identificación debe inscribirse bajo uno de los dos contextos, cuando, además, haya dejado de tener el componente del sexo masculino o femenino en su registro civil. Es decir, existe una contradicción dialéctica entre lo que pregona la ley y la jurisprudencia, cuando reconoce derechos a los transexuales pero atributo de la personalidad se limita a ser identificado como hombre o mujer.

Bajo este contexto, surge la necesidad de precisar algunos puntos relacionados con el servicio militar obligatorio para los hombres, voluntario para las mujeres y hombres que están incurso en las causales exoneraciones del artículo 12 de la Ley 1861/17. Como se desprende de la citada Ley, la obligación de los hombres de prestar el servicio militar, contiene excepciones que deben ser acreditadas, como ocurre con la del artículo 12 literal k que exonera a “los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil”. Como se puede concluir de la lectura del literal, no se contempló la situación de la mujer que haya cambiado de sexo e inscrito en el registro, su condición de varón. Agrega la norma la Ley que los llamados al servicio “deben ser sometidos a un proceso de inscripción, valoración médica sorteo, concentración, incorporación y clasificación que implica una limitación a los derechos fundamentales” (Sentencia T-099 de 2015).

De manera que existe un silencio en el literal K que, a juicio del accionante, constituye una clara omisión legislativa, al desconocer la situación de las mujeres que dejan de serlo para asumir el rol propio del sexo masculino. Imprevisión que ignora la conducta social que no ha asumido del todo el cambio de sexo, como un derecho de quienes se sienten en cuerpo extraño y quieren encontrar su propia identidad en este proceso. Pero más que todo, para nosotros es el desconocimiento de la ley, de la existencia de los llamados intersexuales. Intersexualidad que lejos de excluirlos, por ejemplo del servicio militar, sería preciso adoptar programas que les permitieran coadyuvar con los fines del Estado.

Profundizando un poco en la supuesta omisión, no resulta claro afirmarla porque, en aras del principio de igualdad, una mujer que se transforma en varón, lo hace porque su proyecto de vida es ser hombre y por lo tanto espera que se le reconozca como tal. Por eso, puede plantearse que hay una voluntad clara de asumir íntegramente el rol masculino. De donde surge la obligación de aquel hombre que antes era mujer, de prestar el servicio militar obligatorio, salvo que estén incurso en otra causal, de las varias que excluyen a los varones. Después de todo, hay otra verdad que no puede desconocerse y es, que en la sociedad hay sectores que se muestran intolerantes con quien se deciden por el cambio de sexo, y por eso son objeto de rechazo, burla,

discriminación e incluso violencia. Por eso, aquí habría que revisar si tal conducta puede ser causal de exclusión del servicio.

Colombia Diversa y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social sostuvieron para la Sentencia T-009 de 201 que:

Las personas transgénero no solo enfrentan fuentes obstáculos sociales, sino también barreras legales que reflejan la marginalización (sic) a la que se ven sometidas en su diario vivir. Estos obstáculos se originan, en gran medida, por la concepción binaria que tiene el Estado del género y que divide a la población en dos categorías: hombre y mujer. **Esta calificación dificulta e incluso imposibilita la identificación de las personas transgénero dentro de la sociedad y por ello, constituye una forma de violencia estatal.**

Es decir, la persona que decide cambiarse de mujer a hombre o viceversa, para encontrar su verdadero yo, choca con la sociedad y se encuentran en un estado de debilidad manifiesta que le impide, a pesar de su deseo compartir integralmente el rol de varón, que es el elemento que genera la obligación de prestar el servicio militar.

Con el propósito de ahondar un poco más en preferencias sexuales nos referimos a la sentencia de tutela de 2015 citada que dice:

(...) la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de 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. Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental "la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales", lo cual implica "la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social(...)" Toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto (...) T-009/15.

En este sentido, pareciera entenderse que cuando la persona ha cambiado de sexo se le debe brindar un trato acorde con él, porque de lo contrario se estaría discriminando al hombre que antes estaba registrado como mujer, por ese hecho. Porque insistimos con la Corte:

Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto. (Sentencia T-009/15).

Segregar a los hombres, que lo son en virtud de su propia decisión, contraría la Constitución, porque se trataría de una discriminación por sexo y ese no es el querer del legislador, por lo que repetimos no es clara la omisión de que se acusa a la norma.

Uno de los aspectos a considerar es el del **derecho a la igualdad**, sobre el cual la Corte ha reconocido, a partir del artículo 13 de la Constitución, tres dimensiones: En primer lugar, **la existencia de una regla de igualdad ante la ley**, que implica imparcialidad del Estado al aplicar el derecho, a todas las personas. En este caso, podríamos entenderlo como el derecho de la persona que cambia de sexo para ser tratada como hombre, porque ese es su proyecto de vida. En segundo lugar, una prohibición de discriminación de las personas en el trato, como en razón del sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión u opinión política. Nuevamente podría pensarse que excluir a quien ha cambiado de sexo en razón del cambio, sería un acto discriminatorio prohibido desde el punto de vista de la igualdad de trato. Y, en tercer lugar, la existencia de un “mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material entendido como el deber público de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas)”. Tercera dimensión del derecho a la igualdad, en aras de proteger a personas discriminadas, que puede ser la base sobre la cual se opte por excluirlas del servicio militar obligatorio. (Sentencia T-009 de 201)

Igualdad o desigualdad que, a decir de la Corte, tiene sentido en la medida en que logre responder tres interrogantes: ¿Igualdad entre quienes? ¿Igualdad en qué? E ¿Igualdad con base en qué criterio? Y es entonces cuando nos confundimos respecto de la respuesta acertada al primer interrogante. Es decir, si la igualdad se debe establecer entre el que nació y permaneció varón, o entre la persona que al nacer se inscribió como mujer y luego por su propia decisión hizo el cambio a varón, porque en este caso no sería posible predicar la igualdad absoluta debido a condiciones biológicas, inevitables y sociales no deseadas. Lo que nos permitiría decir que el legislador no podía suponer que el cambio de sexo en el registro autorizaba de facto igualdad entre hombres y mujeres que habían optado por esa calidad sexual.

Creemos que partiendo de los conceptos de mujer transgénero y hombre transgénero se debe reconocer que hay un tercer sexo que aunque asuma identidad femenina o masculina, es diferente a ellas. Y, en este caso el legislador ha incurrido en una omisión legislativa al no excluir, del servicio militar obligatorio, a las mujeres que cambiaron su sexo por el de hombres. Desde este punto de vista, creemos que sí es posible admitir una igualdad entre quienes deciden como opción de vida, el cambio de género, porque hay una orden de fomentar la igualdad de oportunidades o igualdad material. Es así que, existe el deber público de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional.

Porque, como lo señala la Corte Constitucional T-099/15 en materia de orientación de la sexualidad o rol de género hay:

(...) 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.**

También, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-450 de 2013 con ponencia de Mauricio González Cuervo, dice:

Sin embargo, a partir de las pruebas recabadas y de los estudios analizados en la presente sentencia, se desprende que existen personas **intersexuales** que no pueden clasificarse como hombres o mujeres desde su nacimiento debido a razones médicas y biológicas, lo cual no equivale a la negación de sus derechos fundamentales. El sexo de un individuo no determina su condición de ciudadano ni su calidad de ser humano, y no puede de ninguna manera convertirse en un criterio excluyente o nugatorio de los derechos de toda persona y de todo ciudadano, como lo es el derecho a la personalidad jurídica. En otras palabras, desconocer a un intersexual sus derechos por esta razón significaría degradarlo y negar su calidad de ser humano.

Entendemos, que para la Corte, además de mujeres y hombres hay otros grupos de personas que en la sentencia se denominan intersexuales, como lo dijo en sentencia T-771 de 2013, cuando afirmó:

El término transgénero constituye una denominación genérica con el que se ha designado a aquellas personas cuya identidad de género y/o sexual es diferente a las expectativas convencionales basadas en las características físicas sexuales o el sexo que les fue asignado al nacer. El término es genérico toda vez que es empleado para describir una pluralidad de expresiones, experiencias e identidades, e incluye, entre muchas otras, a personas transexuales, transgénero, travestidos, intergénero, transformistas, *drag queens* y *drag kings*. Así mismo, adoptó la noción de persona trans como la relativa a aquella “(...) que transita del género asignado socialmente a otro género. En ocasiones, el papel de género asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la persona, de modo que a veces un sujeto de sexo masculino, se identifica psicológicamente con lo femenino. En este caso, a lo largo de su ciclo vital, estas personas rechazan el rol masculino asignado por la sociedad, asumen su identidad femenina y transitan hacia un rol social femenino”.

En suma, para el máximo tribunal constitucional se deben reconocer tres géneros, claramente diferenciados y cada uno con derecho a la protección del Estado. De lo anterior surge la pregunta ¿Si cuando una persona **trans** cambia de un sexo al otro, su transformación es total? Y creemos que la respuesta es negativa, porque aunque acuda a las cirugías, a las hormonas o medicamentos que les ayuden a la transformación aceptados por el sujeto, hay otros de contenido social que, muchas personas del grupo no aceptan. Personas que discriminan, ofenden y atacan a quienes son y se sienten diferentes a los estereotipos femenino y masculino, que transforman su vida y solo por esto son diferentes.

De manera que en caso del servicio militar obligatorio para varones, por estos debe entenderse aquellos que nacieron y crecieron bajo estos parámetros, mientras otros que llegaron a ser hombres en virtud acciones derivadas de su sentir y voluntad. Estos últimos, no deben ser

obligados a prestar el servicio militar obligatorio, porque se les avoca a situaciones complejas de discriminación social. Sin embargo, no debe prohibírseles y, por el contrario, dejarse a la decisión del sujeto, como ocurre con las mujeres y otro grupo de personas.

Para resumir, diremos que el problema de la norma demandada es más que una omisión. Desconoce que cuando una mujer se transforma en hombre su situación no es igual a la de quienes se han reconocido como tales desde el nacimiento, y por lo tanto obligarlos al servicio militar constituye una violación a las obligaciones del Estado, de proteger a las personas de todo acto de discriminación. En este caso creemos que el literal k citado, como lo señala la demanda, es constitucional pero omitió decidir en igualdad la situación de las mujeres que cambian de sexo, para exonerarlas del servicio obligatorio.

Como consecuencia de lo dicho, solicitamos a la Corte Constitucional que se acceda a las pretensiones, de la accionante señora SONIA MARLENY OSORIO BOTERO de condicionar la aplicación de la norma para recoger en ella y, exonerar del servicio militar obligatorio a los hombres, que lo son en virtud de su transformación de mujer a varón.