



ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO-Marco conceptual

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. La orientación sexual abarca los deseos, sentimientos, y atracciones sexuales y emocionales que puedan darse frente a personas del mismo género, de diferente género o de diferentes géneros. La Identidad de Género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida).

PROTECCION A LAS MUJERES Y A LOS HOMBRES TRANSEXUALES-Protección en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

GARANTIAS DE ACCESO AL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO A LAS MUJERES Y A LOS HOMBRES TRANSEXUALES-Derecho comparado

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional

La Corte ha señalado que la tutela contra este tipo de acciones es procedente en aquellos casos concretos donde se demuestre que el mecanismo ordinario carece de la eficacia y de la idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Para eso, los jueces deben verificar si: i) el daño es inminente, es decir, que sea una amenaza que está por suceder; ii) el perjuicio es grave, es decir de una magnitud o intensidad considerable; iii) las medidas judiciales para conjurar el perjuicio se deben tomar de manera urgente; y iv) que el amparo no se puede postergar toda vez que es la única medida para garantizar un adecuado restablecimiento de los derechos de los ciudadanos.

DERECHO A LA AUTONOMIA, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, DIGNIDAD HUMANA Y A LA IGUALDAD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA IGUALDAD-Dimensiones

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO COMO CRITERIOS SOSPECHOSOS DE DISCRIMINACION-Juicio de igualdad

En el caso específico de la identidad de género u orientación sexual como criterios de distinción, la regla judicial, desarrollada tiempo atrás por este Tribunal, ha sido clara en reprochar estas conductas señalando que vulneran la cláusula general de igualdad de la Constitución por ser discriminatorias.

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO-Protección constitucional

La Corte ha hecho avances dirigidos a desarrollar un enfoque diferencial frente al alcance de los derechos fundamentales a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad e igualdad. El Tribunal ha pasado de tener una visión restringida e indivisible de la identidad de género y la orientación sexual como conceptos objetivos asociados a la naturaleza física de las personas, a verlos como dos categorías constitucionales separadas que deben ser protegidas. Esta perspectiva es asegurada por las garantías de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en temas como la protección contra la discriminación, la identidad civil, el acceso a los servicios de salud necesarios para el tránsito de género y la exigibilidad de la libreta militar para contratar con el Estado.

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Marco normativo y jurisprudencial

i) La conscripción 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 ii) dicho mandato no es absoluto y la Corte ha reconocido límites al mismo mediante la ponderación de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia y de cultos; iii) la regulación legal sobre la materia señala expresamente que solo los hombres son destinatarios de la conscripción, no las mujeres ; y iv) 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 ha sido considerada constitucional.

DERECHO A LA AUTONOMIA, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DIGNIDAD HUMANA-Vulneración por Ejército al exigirle a mujer transgénero que cumpla con los deberes previstos para los varones en la Ley 48 de 1993

DERECHO A LA IGUALDAD, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DIGNIDAD HUMANA-Vulneración por Ejército al exigirle a mujer transgénero cumplir obligaciones propias de los varones en cuanto a la regularización de la situación militar y al pago de la multa por extemporaneidad

DERECHO A LA IGUALDAD, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DIGNIDAD HUMANA-Orden a Ejército Nacional suspender entrega de libreta militar a mujer transgénero

DERECHO DE LAS PERSONAS TRANSGENERO-Exhortar al Congreso de la República para que promulgue una Ley de Identidad de Género que proteja los derechos fundamentales de las mujeres y hombres transexuales

Referencia: Expediente T-4.521.096

Acción de tutela presentada por Gina Hoyos Gallego contra la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional y otro.

Asuntos: Exigibilidad del servicio militar obligatorio a las mujeres transexuales; derechos de los ciudadanos transexuales, obstáculos legales y administrativos para el goce efectivo de los mismos; orientación sexual e identidad de género; principio de dignidad humana; derecho al libre desarrollo de la personalidad; principio de autonomía.

Procedencia: Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Magistrada ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de 2015

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, y por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En la revisión del fallo de única instancia del 5 de agosto de 2014, proferido por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso de acción de tutela promovido por apoderado judicial de Gina Hoyos Gallego, en contra de la Dirección de Reclutamiento y

Control de Reservas del Ejército Nacional y de la Dirección de Diversidad Sexual del Ministerio del Interior.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión de la Secretaría de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de los artículos 86 de la Constitución Política, 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. En auto del 6 de octubre de 2014, la Sala de Selección Número Diez de esta Corporación la escogió para su revisión.

I. ANTECEDENTES

Gina Hoyos Gallego¹, a través de apoderado judicial², presentó acción de tutela en contra de la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, el 23 de julio de 2014. La actora consideró que la decisión de esta entidad de no expedirle la libreta militar, a menos de que pagara una multa correspondiente a dos Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLV) -como sanción a la inscripción extemporánea para definir su situación militar-vulneró varios de sus derechos fundamentales. Indicó que la decisión de la entidad accionada desconoció sus derechos a la integridad personal, al trabajo, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la honra, a la dignidad humana y desconoció la prohibición constitucional contra los tratos inhumanos o denigrantes y la obligación del Estado de respetar los derechos, contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Hechos relevantes

1. La actora manifestó que, aunque fisiológicamente nació como un hombre, empezó a considerarse como una mujer y a sentir una atracción física por los hombres desde los 12 años de edad. En ese momento, comenzó *“a pintarse los ojos y a colocarse (sic) ropa femenina a escondidas de su padre”*³; cuando él se percató de la situación decidió expulsarla violentamente de la casa.

2. Debido a esto, la peticionaria se vio forzada a ejercer la prostitución. Señaló que, por su apariencia, a partir de ese momento ha tenido problemas con las autoridades de Policía y que sus intentos por conseguir trabajo se han visto frustrados por no tener la libreta militar. Además, a raíz de su actividad como

¹ La accionante es conocida legalmente como Hernando Hoyos Gallego pero ella, en su escrito de tutela, manifestó que como mujer *trans* se identifica con el nombre de Gina. Por respeto al principio de autonomía y la protección constitucional a la identidad de género que la Corte ha reconocido plenamente con anterioridad (ver, entre otras, las sentencias T-1096/04, T-152/07 y T-314/11) la Sala no se referirá a la accionante por su nombre legal o utilizando algún pronombre masculino. De la misma manera, en un escrito dirigido al Tribunal Superior de Bogotá, la actora solicitó que su nombre no fuera sometido a alguna forma de reserva legal, pues desea que su caso sea público y así *“sirva para (sic) pedagogía en derechos, pedagogía constitucional pedagogía social y visibilidad que sirva (sic) a otras personas en el mundo que han tenido que padecer el estigma y la discriminación por ser deferentes (sic)”*. (folio 1; cuaderno único).

² En el expediente reposa el poder judicial que la actora le entregó al abogado Germán Humberto Rincón Perfetti para presentar la respectiva acción de tutela (folio 1; cuaderno único).

³ Escrito de tutela (folio 11; cuaderno principal).

trabajadora sexual, se contagió con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

3. Por otra parte, la accionante explicó que tuvo que salir desplazada de la ciudad de Circasia (Quindío) pues recibió amenazas de muerte de las Bandas Criminales (BACRIM) de la región por su trabajo como líder de la Mesa Municipal de la Comunidad de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (LGBTI) donde desarrolló brigadas de atención para personas con VIH y jóvenes en contextos de vulnerabilidad por su orientación sexual o identidad de género. En razón a estas amenazas, se vio obligada a trasladarse a Bogotá junto a su madre, de 64 años de edad. Manifestó que al llegar a la ciudad presentó una declaración ante la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas y posteriormente fue inscrita en el Registro Único de Víctimas (RUV). Señaló que después de la inscripción solo ha recibido, en forma de ayuda humanitaria, un mercado y un subsidio de atención por un valor de seiscientos cuarenta mil pesos (\$640,000) por lo que actualmente ejerce de nuevo la prostitución.

4. La actora señaló que el 8 de mayo del 2014 sostuvo una reunión, a instancias de la Oficina de Diversidad Sexual del Departamento de Planeación Distrital de Bogotá, con el Coronel José Antonio Carrillo Rubio -en las oficinas del Distrito Militar de Puente Aranda- con el fin de definir su situación militar. Después de esa reunión, y siguiendo las instrucciones que recibió del Coronel Carrillo, se acercó al Distrito Militar No. 59 en Soacha y presentó un certificado del RUV con el fin de ser eximida del pago de la cuota de compensación y recibir su libreta militar. Sin embargo, no pudo obtener el documento pues le informaron que debía pagar una multa de un millón trescientos mil pesos (\$1,300,000) *“por que (sic) no se había presentado a tiempo hace 10 años”*⁴.

5. Por estos hechos, la demandante presentó una acción de tutela contra la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército y solicitó que se le ordenara a la entidad expedir su libreta militar en el término de 48 horas. Asimismo pidió que se condenara en abstracto a dicha Dirección por el daño emergente que sus actuaciones le ocasionaron. Por último, demandó que se le ordenara a la demandada establecer una ruta de atención especial para las personas transexuales y -teniendo en cuenta *“las circunstancias de vulnerabilidad y de exclusión total que históricamente han rodeado a las personas trans en el mundo y en Colombia”*⁵- que se inste a la Dirección de Diversidad Sexual del Ministerio del Interior a que presente y trámite ante el Congreso de la República un proyecto de ley de identidad de género que, entre otras cosas, proteja los derechos constitucionales de las mujeres y hombres transexuales.

⁴ Escrito de tutela (folio 13; cuaderno principal).

⁵ Escrito de tutela (folio 10; cuaderno principal).

Actuación procesal y respuestas de las entidades demandadas

La Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá conoció de la tutela, en única instancia, por medio de un auto del 25 de Julio del 2014. En el mismo vinculó al Ministerio de Defensa Nacional, a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército, y a la Unidad para la Atención y Reparación de las Víctimas. El juez de conocimiento les otorgó a todas las partes accionadas un plazo de dos días para que presentaran una respuesta a la tutela. Igualmente, ofició a la Oficina de Diversidad Sexual del Departamento de Planeación Distrital de Bogotá para que informara en el mismo plazo las características del programa que adelanta para solucionar la situación militar de la población transexual.

Secretaría Distrital Planeación de Bogotá

El Director de Defensa Judicial del Departamento de Planeación Distrital afirmó⁶ que dentro de las funciones de la Dirección de Diversidad Sexual se encuentra la de *“dirigir, promover y ejecutar los planes, programas, proyectos y mecanismos de acción distrital que contribuyan al reconocimiento de la diversidad sexual y a la garantía de sus derechos desde los enfoques interseccional y diferencial”*⁷. Explicó que dicha entidad ha realizado una serie de jornadas en el Distrito Militar No. 51 de Bogotá dirigidas a definir la situación militar de algunas personas miembros de la comunidad LGBTI.

En el mismo sentido manifestó que, el 8 de mayo de 2014, la accionante asistió a una de estas jornadas donde se analizó su caso concreto⁸. Indicó que, después de confirmar que la accionante es beneficiaria de la excepción del pago de la cuota de compensación militar, su caso fue remitido al abogado Germán Humberto Rincón Perfetti para que la asesorara en la solicitud de exoneración por ser víctima del conflicto armado⁹. Frente a la pregunta sobre las políticas oficiales para definir la situación militar de las personas trans manifestó que *“no cuenta con un programa específico con el objetivo de que se oriente el trámite y expedición de libretas militares para las personas pertenecientes a la comunidad LGBT (sic) que tiene (sic) pendiente la definición de su situación militar según lo normado en la Ley 48 de 1993”*¹⁰.

⁶ Escrito de contestación de la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá D.C. (Folios 49-57; cuaderno principal).

⁷ Alcaldía Mayor de Bogotá. Decreto Distrital 16 de 2013 “por el cual se adopta la estructura interna de la Secretaría Distrital de Planeación”.

⁸ La entidad presentó como prueba una copia de la plantilla de asistencia donde aparece registrado el nombre de la actora, junto a su identificación y firma (folio 57; cuaderno principal).

⁹ En el mismo escrito, la Secretaría confirmó que la actora se encuentra inscrita en el Sisbén con un puntaje de 47,78 por lo que también es beneficiaria de la excepción del pago de la cuota de compensación militar por su condición socioeconómica por mandato del artículo 6º de la Ley 1148 de 2008 y por su condición de desplazada por la violencia en los términos del artículo 188 de la ley 1450 de 2011 (folio 50; cuaderno principal).

¹⁰ Folio 50; cuaderno principal.

Oficina de Diversidad Sexual de la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá

El Director de Diversidad Sexual de la Secretaría Distrital de Planeación expuso¹¹ que, mientras la Corte Constitucional se ha pronunciado en más de 65 ocasiones sobre temas relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, el Congreso de la República solo ha expedido una ley que penaliza la discriminación en general, por lo que la comunidad LGBTI sigue expuesta a un grado considerable de desprotección legal.

Para ilustrar esa afirmación, presentó los resultados de un *“estudio de línea de base en relación con la discriminación y vulneración de los derechos de las personas LGBT (sic)”* que entre otras cosas arrojó que *“los y las transgeneristas son el sector social más vulnerado respecto a las otras orientaciones sexuales e identidades de género diversas en cuanto a obtener o acceder a un contrato formal de trabajo por barreras en las que se incluye la exigencia de libreta militar para personas en distintos tránsitos normativos”*¹².

Adicionalmente, presentó varios conceptos que consideró importantes para aclarar aspectos fundamentales acerca de la cotidianidad de la comunidad LGBTI. Para mayor claridad, dichas definiciones se resumirán en el siguiente cuadro:

-Tabla 1-

Concepto	Definición
Sexo	<i>“El sexo es una categoría construida culturalmente, que desde el siglo XVIII se entiende en la cultura occidental a partir de nociones biológicas que dividen a los seres humanos en mujer y hombre (...) Esta noción nutre también una clasificación cultural y dicotómica hecha para todos los mamíferos en general (...) según el sistema reproductivo y de acuerdo con las características genéticas, endocrinas, anatómicas y fisiológicas (...) sin embargo estas nociones han sido cuestionadas gradualmente al establecerse que incluso en términos genéticos no existe, de manera objetiva, tal dimorfismo sexual y que más bien existe una amplísima gama de variaciones genéticas y fenotípicas no dimórficas en donde caben hombres y mujeres con fenotipos y genotipos muy variados, así como personas intersexuales”</i> ¹³ .

¹¹ Memorial enviado por la Oficina de Diversidad Sexual de la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá D.C. (Folios 58-65; cuaderno principal).

¹² Folio 60; cuaderno principal.

¹³ Ibídem.

Identidad de Género	<i>“La identidad de género es la construcción cultural que se genera en el marco de las relaciones sociales mediante la que se definen los atributos de los individuos y los colectivos que marcan la diferencia entre lo propio y lo diferente en un proceso permanente de construcción subjetiva, intersubjetiva y socio-cultural (...) Las identidades de género, como todas las identidades, se configuran en un proceso de heterodesignación (generalmente violento) y autonombramiento (generalmente asociado con la autoconstrucción del sujeto político y social). Es decir, las identidades de género pueden ser impuestas desde afuera o construidas desde el individuo”¹⁴.</i>
Orientación sexual	<i>“Dirección del deseo erótico y afectivo entre las personas, en función de su sexo. Las identidades por orientación sexual son: homosexual, lesbiana, heterosexual y bisexual (...) la identidad de género y la identidad de orientación sexual son vectoriales, eso quiere decir que una persona trans femenina puede tener una identidad de orientación sexual heterosexual, o un hombre trans puede considerar gay y así sucesivamente”¹⁵.</i>

La entidad solicitó que la Corte aclare que a las mujeres transexuales no se les puede exigir la libreta militar pues esto equivale a discriminarlas en razón de su identidad de género y es una actitud que desconoce *“los diversos tránsitos femeninos que emprenden personas que han nacido con genitalidad masculina”¹⁶*. Finalmente, indicó que esa exigencia administrativa es una barrera para que las mujeres transexuales puedan mejorar su calidad de vida, ya que no logran conseguir un trabajo que les permita sostenerse sin acudir a prácticas como la prostitución.

Dirección de Asuntos Indígenas ROM y Minorías del Ministerio del Interior

El Director de Minorías del Ministerio del Interior señaló¹⁷ que, como resultado del Primer Encuentro Nacional LGBTI realizado en el año 2010 *“se plasmó la necesidad de creación (sic) de una política pública LGBTI integral con la participación activa del sector, rigor técnico, metodológico y financiera (sic)”¹⁸*. A partir de ese momento, según relató el funcionario, la Dirección incluyó el diseño de dicha política en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y -tras realizar varios encuentros regionales con miembros de la comunidad LGBTI- desarrolló una *“ruta de navegación del*

¹⁴ Folio 61; cuaderno principal

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ Folio 62; cuaderno principal.

¹⁷ Respuesta del Director de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías (folios 67-72; cuaderno principal).

¹⁸ Folio 68; cuaderno principal.

proceso de política pública nacional LGBTI”¹⁹. Posteriormente, con base en los resultados de la mencionada ruta, en junio del 2014 se publicó un concurso de méritos para la formulación de la política, éste fue otorgado al grupo consultor ATENEA. Afirmó que de acuerdo a los términos y cronograma de la convocatoria el ganador debió entregar el proyecto final el 21 de diciembre del mismo año.

Concluyó que -una vez se adelante el cambio de legislatura en el año 2015- el Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio del Interior y la Dirección de Minorías, presentará una iniciativa legislativa para desarrollar dicha política a través de la presentación de un proyecto de ley de identidad de género.

Dirección de Derechos Humanos y Apoyo a la Justicia de la Alcaldía Mayor de Bogotá

El Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Gobierno afirmó²⁰ que la entidad que representa no se encuentra legitimada para actuar en el proceso, pues no tiene las facultades para representar judicial o extrajudicialmente a las entidades accionadas. Sin embargo, manifestó que, de los hechos descritos en la presente acción de tutela, resulta claro que la Dirección de Derechos Humanos no ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales de la accionante. Para terminar, adjuntó en su memorial el modelo de atención integral que se aplica actualmente en la “*casa refugio*” que atiende a la población LGBTI en condición de vulnerabilidad.

Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas

De manera extemporánea²¹, el Comandante de la Décimo Tercera Zona de Reclutamiento del Ejército se opuso a las pretensiones de la accionante. Señaló que no es posible entregarle sin costo la libreta militar pues “*la ley 48 de 1993 establece claramente dos casos únicos para dejar exentos del pago los cuales son (...) limitados físicos y sensoriales permanentes y (...los) indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica*”²².

Frente a la condición de víctima de la actora consideró que, aunque es una circunstancia para que los ciudadanos sean eximidos del pago de la cuota de compensación militar, en el caso particular se aplicó una sanción por inscripción extemporánea. Igualmente, señaló que “*no es posible realizar un trámite diferencial o especial para las personas Trans, siendo así que*

¹⁹ Folio 70; cuaderno principal.

²⁰ Respuesta de la Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá D.C. (Folios 74-13; cuaderno principal).

²¹ El oficio la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas fue radicado el 11 de agosto del 2014, es decir seis días después del fallo de tutela (folios 173-199; cuaderno principal).

²² Folio 174; cuaderno principal.

estaríamos violando evidentemente el Derecho a la Igualdad a las personas que realizan el trámite establecido en la ley 48 de 1993, personas como víctimas, desmovilizados, indígenas, discapacitados (entre otros) que se presentan ante el Distrito para definir su situación militar conforme lo establece el mandato legal”²³.

Finalmente, negó que la peticionaria haya sido discriminada por el Distrito Militar que dirige y afirmó que *“este Comando es una unidad seria no es la única persona que hemos atendido en condición de transgénero, gay, bisexual (ect.) y a la fecha no se ha generado ninguna queja debido al respeto con el cual tratamos a la gente sin discriminación alguna (sic)”²⁴*. Como anexo a su escrito, adjuntó el *“Protocolo de Intercambio de Información”* que suscribió el Ministerio de Defensa con la Unidad de Víctimas con el objeto de definir una ruta de atención para la exención del servicio militar y la entrega de las respectivas libretas a las víctimas del conflicto armado.

Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas

Al igual que la respuesta del Ejército, el memorial de la Unidad fue presentado de manera extemporánea²⁵ y simplemente se remitió a informar que no se ha vulnerado el derecho fundamental de petición de la actora pues el 28 de marzo del 2014 se le dio una respuesta de fondo a su solicitud de atención integral. Como prueba de esto, la Unidad adjuntó un memorial que indica que ya se le entregó la ayuda de emergencia a la peticionaria y que su solicitud de inscripción en la ruta de atención integral fue atendida oportunamente.

3. Decisión objeto de revisión

Única instancia²⁶

La Sala Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 5 de agosto de 2014, amparó los derechos de la actora. Al comprobar, a partir de varias estadísticas disponibles, que la situación de vulnerabilidad y discriminación de los hombres y mujeres transexuales es particularmente alta con respecto al resto de la comunidad LGBTI el cuerpo colegiado consideró que: i) la identidad de género es parte del núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la

²³ Folios 174-174; cuaderno principal.

²⁴ Folios 176; cuaderno principal.

²⁵ El oficio de la entidad fue radicado ante el despacho de conocimiento el 14 de agosto del 2014, es decir 9 días después del fallo de tutela (folios 200-203; cuaderno principal).

²⁶ En principio, las partes accionadas no impugnaron el fallo de tutela. Sin embargo, como se explicará en el capítulo de actuaciones previas realizadas por la Corte Constitucional, la Sala describirá la manera como resolvió una impugnación y una nulidad procesal presentadas por el Ejército Nacional y que llegaron a esta Corporación ya una vez el caso había sido seleccionado por la Sala correspondiente.

personalidad y a la autonomía; y ii) una política de respeto efectivo para los derechos de las minorías LGBTI frente al servicio militar pasa por el establecimiento de normas que no solo faciliten el enrolamiento de estos ciudadanos a las fuerzas militares, sino que reconozcan que existe un déficit de protección para esa población. En particular la Sala sostuvo que ni la Ley 48 de 1993 o cualquier política pública existente prevé alguna forma para que las personas que hacen tránsito de género puedan resolver su situación militar sin que se vean sometidos a tratos discriminatorios o a una exclusión sistemática del mercado laboral formal.

Con base en dichos argumentos, el Tribunal tomó las siguientes medidas: i) le ordenó al Ejército Nacional que en un término no superior a treinta (30) días, contados a partir de la notificación del fallo, expidiera y entregara a la peticionaria la libreta militar sin que se le puedan imponer restricciones que atenten contra su identidad de género, como lo puede ser la forma de la fotografía que debe suministrar para la expedición de ese documento; ii) a pesar de no haber sido solicitado de manera expresa por la actora, le ordenó a la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas que -en un término no superior a quince (15) días contados a partir de la fecha de notificación de la sentencia- realizara una caracterización de la Sra. Hoyos Gallego y coordinara, con respeto al sistema de turnos, la entrega de ayudas humanitarias y el pago de la indemnización administrativa a la que tiene derecho en su condición de víctima; iii) conminó al Ministerio del Interior para que dentro de la formulación de la *“Política Pública Nacional para la garantía de los derechos de las personas de los sectores sociales LGBTI y de las personas con identidades sexuales y de género no normativas”*²⁷ incluyera una sección relacionada con la definición y prestación del servicio militar obligatorio por parte de la población LGBTI; iv) previno al Ejército para que atendiera oportunamente los requerimientos de la autoridades judiciales y, finalmente v) negó la solicitud de condena en abstracto solicitada en la tutela.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, a través de esta Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Actuaciones previas realizadas por la Corte Constitucional

2. En principio, el fallo relacionado no fue impugnado, por lo que el proceso fue enviado a la Corte Constitucional en aplicación de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991²⁸. El expediente fue recibido en la

²⁷ Folio 162; cuaderno principal.

²⁸ Decreto 2591 de 1991. Artículo 31. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano

Secretaría General de esta Corporación el 12 de septiembre del 2014 y seleccionado para revisión por auto del 6 de octubre proferido por la Sala de Selección Número Diez.

3. Sin embargo, el 29 de septiembre, la Secretaría General de esta Corte recibió un memorial del Tribunal Superior de Bogotá donde ponía en conocimiento que, el 23 de septiembre, la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas, a través del Comandante de la Décima Tercera Zona de Reclutamiento -Mayor James Robinson Avella- presentó impugnación al fallo de tutela. El memorial, que además adjuntaba el escrito de impugnación, fue recibido por el despacho de la Magistrada Sustanciadora el 11 de diciembre del 2014²⁹.

En su apelación, el Mayor indicó que la Dirección conoció de la existencia de la providencia de tutela el 19 de septiembre del 2014, cuando la actora se presentó ante la unidad militar que él dirige para hacer efectivo el fallo. Señaló que ya le solicitó a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas iniciar los trámites para dar cumplimiento a la sentencia de tutela. No obstante, el Mayor impugnó la providencia al considerar que nunca se discriminó a la demandante por su identidad de género, pues la multa administrativa que se le impuso se debió a su presentación extemporánea ante las autoridades militares y aunque su *“apariencia es de mujer, legalmente es un hombre y debe responder de esta manera conforme lo estipula la ley”*³⁰.

Adicionalmente, el apelante señaló que, de los hechos del caso, no se podía concluir que el Ejército Nacional discriminó a la demandante por ser parte de la comunidad LGBTI, toda vez que *“si (se habla) de discriminación frente a este género y referente a lo manifestado en las estadísticas aportadas, las personas LGBTI, no deberían salir tampoco a la calle por temer ser discriminados, para sacar documento como la cédula, tampoco se acercarán a las notarías por temer ser discriminados por los funcionarios y así sucesivamente (sic)”*³¹.

Por otra parte, consideró que tampoco se podía aplicar algún tipo de descuento por la situación económica de la actora ya que, si bien ésta es precaria, no *“es el Magistrado la entidad competente para determinar el nivel de progreso de la accionante (pues) para estos casos y en aras de definir la situación militar*

correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato. Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.

²⁹ Folio 9; cuaderno auxiliar.

³⁰ Escrito de impugnación (folio 3; cuaderno auxiliar).

³¹ Escrito de impugnación (folio 4; cuaderno auxiliar).

solicitando la extensión (sic) de todo pago por no tener los medios económicos, existe la Agencia Nacional Para la Superación de la Pobreza Extrema”³². En el mismo sentido, expresó que la demandante tampoco acreditó plenamente su condición de víctima, pues para la época en que debía presentarse al Distrito Militar para regularizar su situación aún no había sido victimizada.

Finalmente, solicitó que se revocara el fallo de tutela o, en su defecto, que se declarara la nulidad de todo lo actuado por la indebida notificación de la sentencia de instancia y por no haber considerado los argumentos presentados como respuesta a la acción presentada por la señora Hoyos Gallego.

4. Mediante auto del 20 de enero del 2015³³ la Sala rechazó la impugnación y el incidente de nulidad presentados por el Ejército. Con respecto a la impugnación, la Sala consideró que el recurso fue presentado de manera extemporánea. En efecto, la sentencia del Tribunal es del 5 de agosto y el recurso fue recibido el 19 de septiembre, es decir más de un mes después del vencimiento del término de impugnación.

Sin embargo, parte del alegato del apelante se refería a una supuesta indebida notificación que habría incidido en la inobservancia del término para impugnar. Por tal razón, la Sala analizó el punto a fin de establecer si se había presentado una causal de nulidad. Tal estudio permitió concluir que la notificación del inicio del trámite y de la sentencia de única instancia, fueron cumplidas por el Tribunal mediante el procedimiento ordinario de correo certificado. Por lo tanto, la Corte no encontró que la presentación de la impugnación por fuera del término se hubiera debido a una mala práctica del Tribunal de conocimiento con respecto a su obligación de notificar sus actuaciones de manera apropiada y diligente.

Con base en lo anterior, la Sala rechazó de plano dichos recursos, toda vez que la impugnación fue extemporánea y no existió prueba alguna, más allá de la manifestación del apelante, que demostrara que se vulneró su derecho fundamental al debido proceso. Por el contrario, del expediente se pudo concluir que el Tribunal de instancia actuó con máxima diligencia para garantizar ese derecho a todas las partes involucradas. En el mencionado auto, la Sala aclaró que no era admisible admitir la negligencia administrativa del Ejército como argumento para aceptar la impugnación o decretar la nulidad de todo lo actuado.

5. Por último, y para mejor proveer, la Sala invitó a una serie de instituciones para que, desde su experticia académica y científica, respondieran un cuestionario y aportaran información adicional que consideraran necesaria para realizar un análisis adecuado del presente caso. A continuación se transcribe el formulario enviado:

³² Escrito de impugnación (folio 4; cuaderno auxiliar).

³³ Folios 42-48; cuaderno auxiliar.

“(…) se sirvan contestar, según la experticia de cada entidad, las siguientes preguntas sin perjuicio de que puedan aportar si lo desean información adicional que consideren relevante frente a los temas generales del caso, especialmente en lo que respecta a la evolución de las teorías de identidad de género:

- a. ¿Existe algún método para comprobar la identidad de género de una persona que respete su dignidad y que no se convierta en una invasión desproporcionada a su intimidad y privacidad?*
- b. ¿Desde su experiencia técnica o trabajo comunitario cuáles considera que son los vacíos jurídicos u obstáculos que persisten en la protección constitucional y legal de la identidad de género con respecto a las mujeres y hombres transexuales?*
- c. ¿Desde la epistemología médica y sociológica desde qué momento se considera que una mujer u hombre transexual transita de un género a otro?”³⁴*

Mediante oficio del 17 de febrero de 2015³⁵, la Secretaría General de la Corte Constitucional le informó al despacho de la magistrada sustanciadora que, vencido el término probatorio, se recibieron informes por parte la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional, de la Academia Nacional de Medicina, de la Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana, de la organización Colombia Diversa, y del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS). De manera extemporánea, el despacho recibió la intervención de la Academia Colombiana de la Jurisprudencia³⁶. A continuación, se presentará un resumen de las mencionadas intervenciones según el orden cronológico en el que fueron depositadas en la Secretaría de este Tribunal.

Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia

6. Luz Gabriela Arango, directora de la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia, respondió que *“no es posible comprobar la identidad de género, ya que ella no está constituida por rasgos objetivos u observables que puedan ser determinados por alguien externo”³⁷*.

³⁴ Folio 47; cuaderno auxiliar.

³⁵ Folio 50; cuaderno auxiliar.

³⁶ Folio 148; cuaderno auxiliar.

³⁷ Folio 63; cuaderno auxiliar.

Para sustentar esta afirmación, la profesora Arango presentó una serie de definiciones sobre los conceptos de sexo y género que se pueden resumir de la siguiente manera: i) la clasificación binaria entre dos sexos (masculino y femenino) es una construcción cultural que desconoce que en la realidad existen diferentes variaciones del sexo biológico de las personas, como ocurre en los casos de intersexualidad³⁸; ii) el género, hace *“referencia a los distintos ordenamientos sociales que asignan roles, oportunidades, distribuyen autoridad y poder de manera desigual a los hombres y a las mujeres (...) amparándose en ideas sobre lo femenino y lo masculino que otorgan preeminencia y superioridad a lo masculino”*³⁹; y iii) la identidad de género *“se refiere a la identificación subjetiva que las personas hacen con su sexo biológico registrado al nacer y que les permite auto-percibirse (sic) como hombres o como mujeres”*⁴⁰.

Frente a la identidad de género, la intervención resaltó que es posible que algunas personas se identifiquen *“con el sexo opuesto a aquel que les fue asignado al nacer y ten(gan) comportamientos y sensibilidades usualmente atribuidos al otro sexo (incluso) otras personas optan por hacerse diversas intervenciones corporales, tratamientos hormonales e incluso cirugías que modifican su genitalidad (sic) (...) Otras más no se autoidentifican ni como hombres ni como mujeres sino como personas ‘trans’, usando esa u otra forma de nombrarse”*⁴¹.

Por otra parte, la profesora Arango advirtió que, en Colombia, solo es posible realizar el cambio de sexo en los documentos de identidad después de que las personas se hayan realizado una intervención genital y tras ser sometidas a un peritaje médico y psiquiátrico. Sin embargo, indicó que *“la tendencia internacional del marco de derechos humanos señala que la identidad de género de una persona es parte inviolable de su subjetividad, **razón por la cual no tendría porque prevalecer la opinión de los expertos médicos y psiquiátricos en ninguna circunstancia (por el contrario estas) deben ponerse al servicio de la decisión libre y autónoma de las personas sobre su identidad de género**”* (resaltado fuera del texto)⁴².

Para concluir su primera respuesta, destacó que hay varios países que han optado por amparar la *“autodeclaración”* o han aceptado cambiar el sexo en los documentos sin necesidad de una operación genital⁴³. Afirmó que *“así*

³⁸ Folio 64; cuaderno auxiliar.

³⁹ Ibídem.

⁴⁰ Ibídem.

⁴¹ Ibídem.

⁴² Ibídem.

⁴³ La Escuela de Género destacó los casos de Nepal, India, Australia y Alemania que han creado un “tercer género” en sus registros oficiales. También señaló que en Portugal, España, Reino Unido, Austria, Alemania, Finlandia, Suiza, Suecia, Canadá, Nueva Zelandia y Estados Unidos (a nivel estatal) los ciudadanos pueden cambiar la designación de género sin necesidad de una intervención quirúrgica pues solo es necesario una

como la etnicidad o la religión en una declaración de objeción de conciencia, también en el caso de la identidad de género debería ser suficiente la autodeclaración de la persona. ***Imponer una ‘prueba de identidad de género’ para el restablecimiento de unos derechos, en el caso de la demandante, es una carga desproporcionada y discriminatoria (que) no se puede (realizar) sin hacer algún tipo de atropello a la construcción de género de la persona***” (resaltado fuera del texto)⁴⁴.

7. Frente a la segunda pregunta, la Escuela de Género sostuvo que el gran obstáculo para la protección de la identidad de género de las personas transexuales radica en que las autoridades públicas no operan con los mismos criterios frente a esta población, ya sea por falta de información o de formación. Por lo tanto, indicó que esto hace necesario un “*pronunciamiento unificado*”⁴⁵ a través de una Ley de Identidad de Género o una política pública equivalente.

Manifestó además, que en el caso de la peticionaria “*se observa una falta de consideración de que la sujeta (sic) no solamente es una persona transgénero, característica que la pone en una situación de desventaja social, de violencia y discriminación como ha sido ampliamente documentado sino que es una persona tempranamente desvinculada del hogar, viviendo con VIH-Sida y víctima de conflicto armado, todas condiciones claramente protegidas en el orden legal colombiano*”⁴⁶. Consideró que el Ejército Nacional debe actualizar sus procedimientos administrativos y aplicar lo que la jurisprudencia constitucional⁴⁷ y las normas de Derechos Humanos⁴⁸ han dicho frente a la protección de la población transgénero, particularmente frente a las obligaciones que tienen los Estados de proteger a esta población de tratos discriminatorios y que vulneren su dignidad.

8. Finalmente, la profesora Arango sostuvo que, así como no es posible determinar la identidad de género de una persona, tampoco existe un método para precisar el momento en que transita de un género a otro, pues esto solo puede observarse desde la experiencia y “*escogencia individual*”⁴⁹ de cada persona.

declaración de un médico o un trabajador social que indique el la persona se identifica con el sexo opuesto (folio 65: cuaderno auxiliar).

⁴⁴ Ibídem.

⁴⁵ Ibídem.

⁴⁶ Ibídem.

⁴⁷ Se citan, entre otras, las sentencias C-098/96; SU-337/99, T/541/99; C-507/99 y T-1096/04 (folio 274; cuaderno principal).

⁴⁸ Se destacaron, entre otros documentos, los Principios de Yogyakarta y la Resolución AG/RES 2435 de la Organización de Estados Americanos (Ibídem).

⁴⁹ Ibídem.

Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana

9. Juan Fernando Córdoba Marentes, decano de la mencionada Facultad, aclaró que, aunque la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos tiene a su cargo algunos casos en los cuales *“propende por la realización efectiva de los derechos fundamentales y la dignidad humana de ciertos grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad, no ha asesorado ni está asesorando a ninguna persona cuyo caso esté relacionado con asuntos de identidad de género o de derechos de hombres y mujeres transexuales”*⁵⁰. Por eso, explicó el señor Córdoba, la información presentada en la intervención fue preparada directamente por la decanatura que preside.

10. Sobre la primera y la tercera preguntas realizadas por la Sala, la Facultad se abstuvo de presentar alguna consideración, pues los asuntos escapan de su experticia y conocimiento.

11. Frente a la segunda pregunta -relativa a los vacíos jurídicos y obstáculos para la protección de las personas transexuales- el interviniente hizo algunas consideraciones generales sobre la naturaleza de la acción de tutela para luego advertir que la información disponible sobre los hechos del caso no permite establecer con claridad si la actuación de la Dirección de Reclutamiento del Ejército fue discriminatoria en razón de la identidad de género de la accionante.

De la misma manera, y después de reproducir el contenido del artículo 86 de la Constitución⁵¹ que define las acciones de tutela, sostuvo que *“si bien es cierto que un posible vacío en el ordenamiento jurídico podría ser un hecho relevante para efectos de determinar la violación de los derechos alegados, ese vacío debe identificarse a la luz del caso concreto y no en abstracto como en un proceso de constitucionalidad que decide sobre la compatibilidad o no de normas jurídicas infraconstitucionales con la Constitución”*⁵². Para la Facultad esta situación, aunada con la ya manifestada falta de información, hizo que fuera imposible emitir un concepto que permitiera definir si se ha vulnerado un derecho fundamental.

Igualmente, señaló que la Corte debe determinar –en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad- si se está en presencia de una omisión legislativa relativa. Para eso, ofreció un breve resumen de los requisitos que la

⁵⁰ Folio 67; cuaderno auxiliar.

⁵¹ Constitución Política. Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

⁵² Op. Cit. Folio 67.

jurisprudencia ha desarrollado para determinar si se está en presencia de una omisión de este tipo y encontró que *“las conclusiones procesales en las cuales se adelanta un análisis sobre los posibles vacíos de una norma jurídica que puede dar lugar a la desprotección de un grupo poblacional vulnerable, no se configuran en el presente caso prima facie”*⁵³.

12. Con todo, el decano Córdoba, planteó que si bien no es posible determinar la razón por la que se le está imponiendo una multa administrativa a la peticionaria, si de los hechos probados en el caso se concluye que la autoridad actuó en razón de la identidad de género de la accionante, sería claro que sí hay una discriminación. Todo esto porque se estaría aplicando *“una sanción cuyo fundamento es una norma ad hoc: la identidad de la peticionaria”*⁵⁴.

Academia Colombiana de Medicina

13. Juan Mendoza Vega, presidente de la Academia Colombiana de Medicina, afirmó, en primer lugar, que *“para comprobar el género de un individuo concreto de la especie humana es indispensable el estudio microscópico de su cariotipo y el examen clínico de los órganos genitales y de los llamados caracteres sexuales secundarios (...) además es necesario el estudio multidisciplinario y detallado de numerosos factores psicológicos, sociológicos, ambientales y culturales que influyen sobre el concepto general de género”*⁵⁵.

14. Asimismo, aseguró que solo la persona involucrada en estos procedimientos puede determinar si los mismos son una invasión desproporcionada a su intimidad y privacidad.

15. Finalmente, explicó que *“tenemos la impresión de que cualquier respuesta (sobre los tránsitos entre géneros) deberá ser planteada en forma individual para cada caso concreto, por tratarse de asuntos relacionados íntimamente con la persona humana”*⁵⁶.

Colombia Diversa y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social

16. La organización Colombia Diversa y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Universidad de los Andes,

⁵³ Folio 71; cuaderno auxiliar.

⁵⁴ Folio 72; cuaderno auxiliar.

⁵⁵ Folio 79; cuaderno auxiliar.

⁵⁶ Ibídem.

radicaron su intervención, junto con varios colectivos⁵⁷. El documento, primero, presentó un resumen de sus argumentos principales:

“i) la identidad de género no puede ni debe determinarse mediante exámenes físicos, médicos o psiquiátricos, puesto que ésta es una expresión personal que es definida por cada individuo y amparada por los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la salud, la educación y el trabajo, debido a la falta de normatividad sobre protección a las personas transgénero, o la existencia de disposiciones normativas que generan prácticas abusivas; ii) actualmente la población transgénero sufre graves violaciones a sus derechos, tales como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la salud, la educación y el trabajo, debido a la falta de normatividad sobre protección a las personas transgénero, o la existencia de disposiciones normativas que generan prácticas abusivas; iii) la determinación de a partir de qué momento puede una persona considerarse transgénero para el Estado debe basarse únicamente en el autorreconocimiento (sic) de dicha persona como tal y no estar determinada por situaciones externas que impongan cargas desproporcionadas o patologicen a las personas (...); y iv) la protección y garantía de los derechos de las personas transgénero sólo será efectiva cuando el Estado colombiano reconozca que la identidad de género no es una patología o enfermedad, sino una manifestación de la diversidad humana” (resaltado fuera del texto)”⁵⁸.

17. Luego, la intervención acudió a los Principios de Yogyakarta -citados también por la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional- para desarrollar algunas precisiones conceptuales⁵⁹ acerca de la distinción entre identidad de género y orientación sexual de las personas. Sin embargo, las organizaciones advirtieron que *“es importante entender que estas definiciones son sólo guías para entender la diversidad de las identidades de género (ya que) no todas las personas que tienen vivencias diferentes al sexo asignado al nacer se definen como hombres o como mujeres, **porque el género se entiende como fluido y continuo**”*⁶⁰ (resaltado fuera del texto).

⁵⁷ También suscribieron el documento representantes de Santamaría Fundación, Hombres en Des-Orden, PARCES ONG, del Grupo de Apoyo para Personas Trans (GAAT), de la Fundación Procrear, del Colectivo Entre Tránsitos y Andrés Felipe Aguacia Pacheco en calidad de activista de los derechos de las personas transexuales.

⁵⁸ Folios 82-83; cuaderno auxiliar.

⁵⁹ Folios 83-85; cuaderno auxiliar.

⁶⁰ Folio 83; cuaderno auxiliar.

18. Después de estas aclaraciones, el documento señaló que la construcción del Estado en Colombia ha sido definida por una concepción binaria del género que ha desarrollado un sistema legal que discrimina a las personas que no se identifican con las categorías “heteronormativas”⁶¹ de hombre y mujer. Por ejemplo señala que la Ley 48 de 1993 categoriza a las personas en los conceptos de masculino y femenino al determinar que es obligación de “*todo varón*”⁶² prestar el servicio militar, lo que genera dificultades para las personas transgénero⁶³. Además, el texto resalta que “*históricamente las personas con identidad transgénero han sido sometidas a violencia psiquiátrica al considerarse el solo hecho de ser transgénero como un desorden mental que debe tratarse. Esta aproximación a la experiencia de vida de las personas transgénero se materializa en la violación a su derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad*”⁶⁴.

19. Frente a la posibilidad de que exista un método para comprobar la identidad de género de una persona, sin que se convierta en una invasión desproporcionada a su intimidad, las organizaciones intervinientes afirmaron que, con base en los Principios de Yogyakarta, tal determinación responde a la vivencia interna que cada individuo tenga por su género. Por lo tanto, sostuvieron “**que el único mecanismo para registrar la identidad de género de una persona que está acorde con los estándares internacionales de derechos humanos es la declaración de la persona misma** (puesto que) la posibilidad de elegirla está protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad y personalidad jurídica, a la autonomía y a la dignidad humana” (resaltado fuera del texto)⁶⁵.

A pesar de esto, advirtieron que en Colombia las personas transgénero se ven sometidas a distintos tipos de obstáculos para comprobar ante las autoridades públicas su identidad de género. Particularmente, describieron que el proceso para el cambio de sexo en el registro civil requiere de un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que se debe aportar un peritaje médico o psiquiátrico. En el primero, que se aplica en los casos donde la persona cambió su sexo quirúrgicamente, la “**persona es sometida al juzgamiento e inspección de su cuerpo y partir de allí es un médico quien define su identidad, invadiendo así la construcción de la mente y las decisiones de la persona**”⁶⁶ (resaltado fuera del texto). El segundo tipo de peritaje al que son

⁶¹ Folio 84; cuaderno auxiliar.

⁶² Ibídem.

⁶³ También se pone de ejemplo la diferenciaciones que hace el sistema general de pensiones entre hombres y mujeres con respecto a la edad de jubilación, la recolección binaria de datos que realizan el DANE y el Instituto Colombiano de Medicina Legal y el valor diferenciado que tiene la Unidad de Pago por Capacitación en el sistema general de salud si la persona afiliada está registrada con sexo masculino o femenino (Ibídem).

⁶⁴ Folio 85; cuaderno auxiliar.

⁶⁵ Folio 86; cuaderno auxiliar.

⁶⁶ Ibídem.

sometidas las personas transgénero que no han emprendido la operación de cambio de sexo -que no es avalado científicamente por la comunidad psiquiátrica que lo ha criticado en numerosas oportunidades- busca *“determinar si el solicitante ‘padece’ de disforia de género, en cuyo caso será procedente el cambio de sexo en el registro civil”*⁶⁷. Para lograrlo *“se practica un examen psiquiátrico llamado el ‘test de la vida real’ (donde) se hacen preguntas como: ¿Cuál es su color favorito? ¿Alguna vez ha leído la Revista Motor? ¿Cuándo era pequeño jugaba con muñecas o carritos? ¿Con cuántas personas ha tenido sexo?”*⁶⁸. Para los intervinientes, los dos exámenes son problemáticos pues *“reproducen prejuicios sobre el rol de género masculino y femenino en la sociedad y dan lugar a la confusión entre identidad de género y orientación sexual (...) porque el hecho de que un individuo se identifique con un género no necesariamente implica que se sienta atraído por el género opuesto (y) dichas pruebas terminan suplantando la voluntad de (la persona) al asignarle arbitrariamente una determinada identidad de género”*⁶⁹ (resaltado fuera del texto).

Del mismo modo, plantearon que el solo hecho de que se necesite un concepto médico o psiquiátrico muestra que en el país ***“las identidades transgénero son consideradas una condición o enfermedad bien sea física o mental (lo que) evidencia un desconocimiento generalizado sobre las construcciones diversas de la identidad o no (sic) normativas y los falsos imaginarios que se han construido en torno a ellas”***⁷⁰ (resaltado fuera del texto). También explicaron, con base en las sentencias T-314 de 2011 y T-476 de 2014, que los peritajes descritos desconocen la jurisprudencia constitucional que ha determinado que la identidad sexual es parte del derecho constitucional a la dignidad y que cualquier norma que impida que una persona transgénero lleve a cabo su proyecto de vida debe ser inaplicable por restringir el goce efectivo los derechos fundamentales.

20. Con respecto a los vacíos jurídicos y a los obstáculos que persisten en la protección de la identidad de género, el documento describió que el principal problema *“se relaciona directamente con la experiencia de discriminación vivida por la peticionaria (y se concentra) en el registro civil de las personas y la posibilidad de que éste refleje la identidad de estas como es vivido y no como es designado por el personal médico al momento del nacimiento”*⁷¹. Para explicarlo, resumieron la evolución de los estándares internacionales de derechos humanos y de las reglas judiciales de este Tribunal con respecto al reconocimiento de los derechos de las personas transgénero.

⁶⁷ Ibídem.

⁶⁸ Ibídem.

⁶⁹ Folio 87; cuaderno auxiliar.

⁷⁰ Ibídem.

⁷¹ Folio 88; cuaderno auxiliar.

21. Posteriormente, pormenorizaron en lo que denominaron el “*impacto que tienen las leyes en la vida de las personas transgénero*”⁷². Para hacerlo, la intervención explicó 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*”⁷³ (resaltado fuera del texto). Las organizaciones coadyuvantes pusieron cinco ejemplos que demuestran la violación de los derechos de las personas transgénero.

21.1. En primer lugar, mencionaron el caso de la libreta militar y señalaron que, en la práctica, “*ese documento se le exige a hombres que tengan el sexo M (sic) en su cédula, a mujeres trans que tengan asignado el sexo M (sic) en su cédula y a hombres trans que tienen el sexo F (sic) asignado en su cédula y son percibidos como hombres por el potencial empleador. Por lo anterior, el hecho de que una mujer trans se encuentre sujeta al requisito de libreta militar es discriminatorio en los términos del artículo 13 de la Constitución Política (pero también) es violatorio del derecho a la identidad (reconocido en el artículo 14 de la Carta) por cuanto desconoce el proceso que surte, o ha surtido, la persona que desea hacer tránsito hacia otro género*”⁷⁴ (resaltado fuera del texto).

Asimismo, señalaron que otro problema relacionado con la expedición de la libreta militar se encuentra en el procedimiento de citación que las autoridades utilizan para notificar a las personas transexuales. Esto se debe a que los ciudadanos son citados por el Ejército con base en una lista organizada según sus nombres legales y no de acuerdo con su sexo o identidad de género por lo que, durante los exámenes médicos a los que se someten los candidatos a prestar servicio militar, “*las personas transgénero pueden llegar a sufrir graves violaciones a sus derechos, puesto que deben exponer su cuerpo a otras personas, lo cual les pone en contextos de acoso y hostigamiento*”⁷⁵ (resaltado fuera del texto). Para los intervinientes, mientras se crea un mecanismo expedito para modificar el sexo de las personas en el registro civil, la sola declaración del sujeto, que refleje la forma como autoreconoce su propio género, debe ser suficiente para que las mujeres transexuales sean excluidas de este procedimiento.

⁷² Folio 90; cuaderno auxiliar.

⁷³ *Ibídem*.

⁷⁴ Folio 91; cuaderno auxiliar.

⁷⁵ *Ibídem*.

21.2. De la misma manera, los intervinientes describieron que el artículo 95 del Decreto 1260 de 1970 -relativo a las modificaciones en el Registro Civil- no estableció un procedimiento para cambiarse de sexo en ese documento oficial. Ante la inexistencia de un proceso reglado para realizar dicha modificación, señalaron que la Corte Constitucional⁷⁶ estableció que el cambio de sexo solo podía realizarse mediante un proceso de jurisdicción voluntaria ante los jueces de familia. Este contexto y la solución dada por la Corte *“han creado diversos obstáculos que dificultan el cambio de sexo de las personas transgénero (pues) el proceso es demorado, requiere representación por un profesional del derecho y los jueces exigen como prueba pericial un certificado de disforia de género para conceder el cambio (...) lo cual se convierte en una práctica que patologiza la identidad”*⁷⁷.

21.3. También indicaron que las personas transexuales se enfrentan a numerosos obstáculos⁷⁸ para acceder a un servicio de salud oportuno que proteja de manera eficiente sus derechos fundamentales, como el que sobrellevan muchas mujeres transgénero que no tienen acceso al sistema de salud en la medida que las autoridades no han realizado la encuesta del SISBEN. En el mismo sentido, manifestaron que *“no existen criterios claros ni unificados que determinar cuál es el trámite que debe surtirse ante el sistema de salud para recibir los tratamientos necesarios para las transformaciones corporales. Las Empresas Prestadoras de Salud no cuentan con procedimientos internos estandarizados sobre dicho trámite, y por el contrario, se niegan a prestar el servicio argumentando que son ‘procedimientos estéticos’ que no están contemplados en el POS”*⁷⁹.

21.4. Con respecto al derecho al trabajo, manifestaron que las opciones laborales de las personas transgénero se encuentran limitadas por los estereotipos existentes, como aquel que hace referencia a que las únicas fuentes de empleo de estas mujeres son la prestación de servicios sexuales o de peluquería⁸⁰. Explicaron que esta exclusión en el ámbito laboral se encuentra relacionada directamente con la regulación sobre los documentos de identidad y la libreta militar que se resumió anteriormente.

⁷⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-504/94. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁷ Folio 92; cuaderno auxiliar.

⁷⁸ El escrito destacó que un estudio realizado por la Alcaldía Mayor de Bogotá concluyó que *“el 54% de las personas transgénero se han sentido discriminadas al acceder a servicios médicos, y que el 43.84% se les ha negado el servicio. De igual forma, la Línea Base de Política Pública para la garantía plena de derechos de los sectores LGBT concluyó que las personas transgénero reportan la mayor discriminación en el acceso a la salud (83.09% para discriminación identificada y 25.72% para identificación declarada), además acuden en menos proporción a instituciones de salud”* (folio 93; cuaderno auxiliar).

⁷⁹ Folio 95; cuaderno auxiliar.

⁸⁰ Los intervinientes argumentaron que esta situación, se ve reflejada en *“estudios (que) han revelado que (sic) el 79% de personas transgénero han sido discriminadas en su lugar de trabajo; solo el 5.3% de ellas han firmado un contrato laboral; y el 40% ha sido forzada a vestirse y a actuar distinto en el lugar de trabajo”* (Ibídem).

21.5. Frente al derecho a la educación, señalaron que, aunque la Corte Constitucional ha protegido los derechos de niños y niñas transgénero que han sido discriminados en sus colegios por querer utilizar indumentaria que consideraban correspondiente a su identidad⁸¹, existen dificultades en el acceso al sistema, adicionalmente las personas transgénero sufren maltrato y discriminación, lo que dificulta su permanencia en el mismo.

22. En cuanto a la tercera consulta elevada por la Sala, los coadyuvantes consideraron que la versión histórica de género asociada con la asignación biológica y genital del individuo (donde la vagina corresponde al género femenino y el pene al masculino) ha sido revaluada por las teorías postmodernas feministas que, entre otras cosas, han determinado que el *“el sexo y género son conceptos que pueden y deben entenderse como categorías independientes desde las cuales, el género no sería nada diferente que la suposición no lógica que se le impone al sexo”*⁸². Esta discusión también ha permitido que las disciplinas médicas y científicas, que inicialmente abordaron esta discusión desde la lógica de la patología, abandonaran la idea de ver la transexualidad como una enfermedad⁸³. En este punto, reiteraron que *“la identidad de género es una construcción realizada por el individuo, y no determinada por terceros (por lo que) **no es apropiado ni conducente solicitar el diagnóstico psiquiátrico o psicológico para realizar dicha valoración**”* (resaltado fuera del texto)⁸⁴.

23. Finalmente, solicitaron que la Corte Constitucional que: i) modifique el sentido del fallo de instancia, declare que la peticionaria se encuentra exenta del requisito de la libreta militar y extienda dicha decisión a las demás mujeres transgénero⁸⁵; ii) ordene a la Unidad de Víctimas que adopte las medidas necesarias para brindarle la atención humanitaria con enfoque diferencial a la accionante, en consideración a las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentra; iii) ordene al Ministerio de Salud, teniendo en cuenta que la actora padece VIH, que expida guías de actuación para la prestación de servicios amigables y adecuados a las personas transgénero e inste a las Facultades de

⁸¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-565/13. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸² Folio 98; cuaderno auxiliar.

⁸³ Los intervinientes pusieron como ejemplo el hecho de que en 1980 se eliminó la homosexualidad como una patología del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales. Igualmente, señalaron que la *American Psychological Association*, (APA) excluyó la disforia de género (que incluía disfunciones sexuales y parafilias) como una enfermedad mental (folio 99; cuaderno auxiliar).

⁸⁴ Folio 100; cuaderno auxiliar.

⁸⁵ Como anexo, los intervinientes adjuntaron copia del escrito que presentaron a la Corte durante el proceso T-4.258.528 (sentencia T-476/14). En esa oportunidad, al igual que lo hacen en el presente caso, sostuvieron que *“a las mujeres transgénero no se les debe exigir la libreta militar porque se vulneran dos tipos de derechos: i) el derecho a la identidad sexual y todos los derechos relacionados porque se niega su construcción identitaria y conduciría a violar su intimidad, personalidad jurídica y el derecho a vivir sin humillaciones; y ii) los derechos fundamentales y sociales relacionados con la exigencia de la libreta militar, a saber, el derecho al trabajo, a la educación y a la participación política”* (folios 133-147; cuaderno auxiliar).

Medicina del país para que incorporen en sus planes de formación curricular materias relacionadas con la prestación de servicios especializados de salud a las personas transgénero; y iv) exhorte al Congreso de la República para que legisle sobre los procedimientos para el cambio de sexo atendiendo las problemáticas descritas en la intervención⁸⁶.

Academia Colombiana de Jurisprudencia

24. Emilssen González de Cancino, académica de la entidad, señaló que *“en el tema de la protección constitucional y legal de las personas transexuales y transgénero o transgenderistas, los interrogantes ya no suelen plantearse en cuanto al reconocimiento de sus derechos fundamentales; se plantean a la hora de encontrar las soluciones prácticas que les permitan vivir su cotidianidad en pie de igualdad con las demás personas, contando con los instrumentos necesarios para gozar plenamente de todos los derechos fundamentales o no”*⁸⁷.

25. En primera medida y con base en experiencias comparadas⁸⁸ sostuvo que, *“cuando se trate de situaciones referidas directamente a la persona, tales como la expedición de documentos de identidad, profesionales, médicos, etc., la sola manifestación del cambio de la vivencia personal de la identidad con un género que no coincide con aquel asignado a la persona en el momento del nacimiento, debe ser suficiente para que el funcionario asigne u ordene asignar, según sus competencias, el cambio de nombre y sexo en los documentos que contienen esta información de los individuos”*(resaltado fuera del texto)⁸⁹. En el mismo sentido, indica que la disparidad de opiniones médicas y científicas frente a la exactitud para determinar el género de una persona ha sido una idea revaluada por otros Tribunales⁹⁰.

26. En segundo lugar, la señora Cancino planteó que -aunque no tiene experiencia de trabajo comunitario con hombres y mujeres transgénero- la

⁸⁶ Para ofrecer más elementos de juicio en este punto, en la intervención se adjunta una copia del escrito presentado a este Tribunal por las mismas organizaciones en el proceso T-4.541.143. El concepto, argumentó que la *“exigencia de acudir a la jurisdicción voluntaria para realizar el cambio de sexo en el registro civil es desproporcionada y vulneraba el derecho a configurar la identidad de género por tres razones: i) la violencia que se ejerce en la demostración médica y judicial del cambio de sexo de las personas transgénero es altísima y agrava las condiciones de exclusión a las que han sido sometidas históricamente las personas transgénero en Colombia; ii) el proceso judicial exigido a las personas transgénero constituye una medida injustificada de diferenciación basada en el criterio sospechoso de la identidad de género y limita irrazonablemente otros derechos fundamentales; y iii) existen actualmente en la legislación otras medidas que garantizan efectivamente la publicidad y estabilidad en el registro civil y que son menos lesivas de los derechos de (la mujer) transgénero”* (folios 108-132; cuaderno auxiliar).

⁸⁷ Folio 150; cuaderno auxiliar.

⁸⁸ La intervención hace referencias a las leyes de identidad de género de Andalucía y Argentina. La Sala se referirá a éstas con mayor detalle en un siguiente capítulo.

⁸⁹ Folio 151; cuaderno auxiliar.

⁹⁰ En este punto, la interviniente cita la sentencia Goodwin c. Reino Unido de la Corte Europea de Derechos Humanos.

doctrina ha señalado como obstáculos para la protección constitucional y legal de la identidad de género *“la necesidad de autorización judicial para cambiar el sexo en los documentos de identificación y su consecuencia, el largo y dispendioso trámite burocrático para obtener la adecuación de los demás documentos pertinentes (...) la inexistencia de políticas claras para la asignación del pabellón o establecimiento carcelario cuando las personas transexuales han sido condenadas por la comisión de delitos (...) el reconocimiento de la validez de los matrimonios contraídos con personas del sexo contrario –en el momento de la celebración- pero que resultan ser del mismo si se atiende lo certificado en el momento del nacimiento (...) la exigencia de tarjeta militar a las personas transgénero hombre-mujer (sic), que no debería existir porque las mujeres no están obligadas a prestar el servicio militar”* (resaltado fuera del texto)⁹¹.

27. Frente a la última pregunta, la interviniente indicó que, desde la epistemología médica y sociológica, es difícil determinar el momento en que una mujer u hombre transexual transita de un género a otro. Particularmente, señaló que esto es así porque la *“identidad de género no se considera una patología y con ello se subraya que la constancia del tránsito, en y por principio, no corresponde a los médicos, sino que corresponde a una ‘vivencia personal’, el propio individuo puede ser incapaz de determinar al ‘momento’ en el que el supuesto tránsito de produjo, porque el cambio de esta vivencia nunca sedió (sic) o sintió; el tránsito de un género a otro ha sido solo en la percepción externa, familiar o social, ya que él o ella siempre han tenido la convicción de pertenecer al género que la sociedad mira como opuesto al suyo en virtud de su apariencia”* (resaltado fuera del texto)⁹².

Secretaría Distrital de Planeación

28. La Secretaría Distrital de Planeación, a través de la Dirección de Diversidad Sexual, intervino en el proceso por iniciativa propia. En su escrito, el director de dicha oficina -Juan Carlos Prieto García- hizo un resumen de los procesos de acompañamiento que el Distrito impulsa con la comunidad de personas transexuales y ofreció algunos detalles del programa que desarrollan para definir la situación militar de las mismas.

29. Frente a la situación general⁹³ de los hombres y mujeres transexuales, destacó que *“la línea base de la Política Pública de la Secretaría Distrital de*

⁹¹ Folio 159; cuaderno auxiliar.

⁹² Folio 162; cuaderno auxiliar.

⁹³ El escrito señala que *“en razón de la identidad de género las personas transgeneristas con altamente discriminadas (lo que lleva) de manera frecuente a la expulsión de la familia, al desplazamiento de sus sitios de origen, a la deserción del sistema educativo, a la existencia de dificultades de acceso y permanencia en el ámbito laboral lo que finalmente las ubica en situaciones de vulnerabilidad como el desempleo, la inestabilidad laboral, el ejercicio (sic) de la prostitución, adicciones, enfermos discapacitantes (sic) de alto costo, habitabilidad en calle y en el mejor de los casos el trabajo de estilistas con deficientes condiciones de (sic) de seguridad social”* (folio 40; cuaderno auxiliar).

Planeación (...) indicó que el 98% de las lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas han sido discriminados o sus derechos vulnerados. De este altísimo porcentaje, son las personas transgeneristas quienes más son vulneradas; el 100% de ellas han sufrido algún tipo de agresión física o verbal en razón a su identidad de género; el 83 han sido discriminadas en el derecho a la educación y el 79% ha sufrido discriminaciones que afectan su derecho al trabajo ” (resaltado fuera del texto)⁹⁴.

30. Igualmente, señaló que durante el proceso de obtención de la libreta militar estos ciudadanos son sometidos a *“humillaciones, burlas y otras múltiples vulneraciones”*⁹⁵ y que el requisito se ha convertido en un obstáculo para que las personas transexuales puedan ingresar al mercado laboral. Por lo anterior, solicitó que la Corte aclare *“los conceptos frente a temas de identidad de género de mujeres transgeneristas, y tratamiento con enfoque diferencial en lo que se refiere a la exigibilidad de libreta militar para las mismas”*⁹⁶.

Asunto bajo revisión y problema jurídico

31. La señora Gina Hoyos Gallego consideró que las actuaciones administrativas de los funcionarios del Ejército, que le exigieron pagar una multa por inscripción extemporánea para definir su situación militar, vulneraron sus derechos fundamentales. Particularmente, sostuvo que los demandados desconocieron sus derechos a la integridad personal, al trabajo, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la honra, a la dignidad humana, violaron la prohibición constitucional contra los tratos inhumanos o denigrantes y la obligación de respetar los derechos en cabeza del Estado contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por su parte, el Ejército sostuvo que su actuación solo respondió a la aplicación de la normativa vigente y que el cobro se debe a la multa administrativa que la ley contempla en estos casos y no a una discriminación en razón de la identidad de género de la actora.

32. El juez constitucional, en única instancia, amparó los derechos de la actora y ordenó la expedición de su libreta militar al considerar, entre otros argumentos, que: i) la identidad de género es parte del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía; y ii) una política frente al servicio militar de la población LGBTI debe reconocer que existe un déficit de protección para esta comunidad en general, y para los hombres y mujeres transexuales frente al servicio militar, en particular.

⁹⁴ Ibídem.

⁹⁵ Ibídem.

⁹⁶ Folio 41; cuaderno auxiliar.

33. Por su parte, la mayoría de las intervenciones dentro del proceso, llamaron la atención sobre los altos niveles de discriminación de la comunidad transgénero, visibles en distintos obstáculos fácticos y normativos. Algunos ejemplos son la exigencia de la libreta militar, los procedimientos vejatorios para las modificaciones de identidad en los documentos oficiales, las dificultades en el acceso y la prestación del servicio de salud, la problemática para el acceso al trabajo en condiciones dignas y justas, el ingreso y la permanencia en el sistema educativo, las condiciones de reclusión, entre otros.

Sobre el tema en concreto de la libreta militar, el grueso de los intervinientes coincidieron en la necesidad de aclarar que las mujeres transgénero no deberían tener la obligación de regularizar su situación militar. Para ello, los diversos conceptos explicaron las definiciones aplicables al tema que permiten concluir que las mujeres transgénero deben ser tratadas en las mismas condiciones que las mujeres cisgénero, cualquier tratamiento diferenciado sería discriminatorio por estar fundado en la identidad de género.

34. De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿La Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional violó los derechos a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad y a la igualdad de la señora Gina Hoyos Gallego por hacerla destinataria de la Ley 48 de 1993 como a un varón –tal como la identifican sus documentos- a pesar de que ella se reconoce a sí misma como una mujer transexual?

35. Para resolver el problema jurídico la Sala: (i) presentará algunas definiciones relacionadas con la identidad de género y la orientación sexual; (ii) resumirá los principales avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) frente a la protección de la identidad de género y la orientación sexual; (iii) expondrá algunos ejemplos del Derecho Comparado sobre la situación general de las personas transgénero frente al servicio militar y su obligatoriedad con respecto a las mujeres transexuales; (iv) analizará de manera genérica la procedencia de la acción de tutela; (v) recordará brevemente la jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales a la dignidad, la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad; (vi) recopilará las principales reglas jurisprudenciales que este Tribunal ha desarrollado sobre la protección constitucional a la identidad de género; (vii) examinará el marco constitucional y legal del servicio militar obligatorio en Colombia; y finalmente (viii) analizará el caso concreto.

La identidad de género y la orientación sexual de las personas, conceptualización

36. Los procesos de exigibilidad de derechos de la población transexual han demostrado las dificultades que afronta este grupo y los problemas que han tenido las autoridades públicas para distinguir conceptos básicos como

orientación sexual e identidad de género⁹⁷ e incluso, para referirse apropiadamente y con pleno respeto a estos individuos. No obstante, también es evidente que diversas entidades, entre ellas el Tribunal de instancia en este caso, logran distinguir claramente estos elementos, como lo ha hecho recientemente la jurisprudencia de la Corte Constitucional para desarrollar razonamientos jurídicos respetuosos de los derechos fundamentales.

Estas distinciones son relevantes y no obedecen a un simple capricho analítico. En efecto, la comprensión plena de estas nociones incide directamente en la entendimiento de los casos y en la eventual atribución de consecuencias normativas, como se verá a lo largo de esta sentencia. Adicionalmente, ya que las cifras demuestran los alarmantes niveles de desprotección de la población transgénero, que revelan la problemática en el conocimiento y abordaje del asunto, la Sala considera necesario reiterar una serie de precisiones conceptuales que servirán para entender la forma como esta Corporación entiende estas categorías, como serán utilizadas en esta providencia y como se encuentra el estado actual de una discusión que por su naturaleza es dinámica.

37. Para comenzar, es importante destacar que estas definiciones no se deben tomar como límites a los conceptos de identidad de género y orientación sexual sino como parámetros básicos de información. En otras palabras, la Sala 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*.

38. Así las cosas, la Sala quiere tomar como referencia los ya mencionados Principios de Yogyakarta⁹⁸ y la definición que los mismos ofrecen, entre otros,

⁹⁷ En la sentencia T-804 de 2014 la Corte Constitucional resolvió el caso de una mujer transexual que presuntamente fue discriminada por las autoridades del colegio al que pertenecía al impedírsele inscribirse en el grado once. Aunque la Corte no pudo determinar que dicha decisión se debiera a la identidad de género de la estudiante, sí encontró numerosas fallas en el análisis judicial que hizo el juez de tutela que conoció el caso. Entre otros errores, el juez confundió en varias ocasiones la orientación sexual con la identidad de género por lo que el Tribunal desarrolló un marco conceptual basado en referencias de entidades internacionales. En dicho marco, la Corporación definió la orientación sexual “*como la capacidad de las personas de sentir atracción emocional, afectiva y sexual, ya sea hacia personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género*” y a la identidad de género como “*la vivencia interna del género según es experimentado por cada persona, sin que necesariamente corresponda al sexo asignado biológicamente*”.

⁹⁸ La Sala considera que estos principios que hacen parte del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la modalidad de *Soft Law* y por tanto resultan importantes como criterios orientadores. De hecho, son parte de la discusión actual en materia de orientación sexual e identidad de género, tal como lo muestra su uso por parte de los expertos intervinientes en este proceso.

de identidad sexual, orientación de género, personas transgénero y personas cisgénero⁹⁹:

-Tabla 2-

Concepto	Definición
Orientación sexual	La orientación sexual abarca los deseos, sentimientos, y atracciones sexuales y emocionales que puedan darse frente a personas del mismo género, de diferente género o de diferentes géneros.
Identidad de Género	Es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida).
Personas transgénero o	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 autorreconoce como una mujer trans. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia de la persona es masculina, dicha persona generalmente se autorreconoce (sic) como un hombre trans.
Personas cisgénero	Las personas cisgénero tienen una vivencia que se corresponde con el sexo asignado al nacer. 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. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino, y la vivencia de la persona también es femenina, dicha persona es una mujer cisgénero.

39. De la misma manera, y como lo advirtieron algunas intervinientes -como la Escuela de Género de la Universidad Nacional- la Sala reconoce que la clasificación clásica y binaria entre hombre y mujer responde a una construcción cultural que debe ser revaluada a partir de, entre otros, los conceptos de identidad de género y orientación sexual. 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

⁹⁹ El cuadro también se construyó con la información aportada en medio digital por el Colectivo Entre Tránsitos como anexo a la intervención de las organizaciones Colombia Diversa, PAIIS y otros.

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.

40. Hechas estas precisiones conceptuales la Sala resumirá el estado actual de la discusión sobre la protección de la identidad de género y la orientación sexual en el DIDH.

La protección a las mujeres y a los hombres transexuales en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

41. Como la doctrina ha enfatizado, el sistema de Derechos Humanos está compuesto por diferentes niveles¹⁰⁰. En particular, la Sala se referirá a los pronunciamientos sobre la protección a la identidad de género y la orientación sexual que se han hecho dentro del Sistema Universal y el Sistema Interamericano¹⁰¹, instancias relevantes en el marco constitucional colombiano como ya lo ha señalado esta Corte en reiteradas ocasiones¹⁰². Estos documentos no fueron seleccionados de manera aleatoria, se refieren directamente a la discriminación en razón de la identidad de género o a los obstáculos que las personas transexuales tienen para identificarse ante las autoridades públicas y constituyen valiosos insumos para el análisis del caso concreto.

A.- Naciones Unidas

42. En el año 2008, la Asamblea General de las Naciones Unidas promulgó la primera resolución adoptada por un organismo internacional para promover la protección de las personas transexuales. La **Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género**¹⁰³, suscrita por 96 países incluida Colombia, denuncia la discriminación y estigmatización por motivos de identidad de género u orientación sexual. Además, exhorta a los Estados a adoptar todas las

¹⁰⁰ El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/ihl-human-rights/overview-ihl-and-human-rights.htm>. [Consultado el 12 de marzo de 2015].

¹⁰¹ O'Donnell. Daniel. Derecho internacional de los Derechos Humanos (normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano". Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DD.HH. (2004). Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/ODonell%20parte1.pdf>. [Consultado el 12 de marzo de 2015].

¹⁰² Ver, entre otras, las sentencias C-222/95, C-401/95, y C-170/04.

¹⁰³ Organización de las Naciones Unidas. Declaración A/63/625. Disponible en: www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_UNU.pdf. [Consultado el 27 de febrero de 2015].

medidas necesarias para garantizar que no haya sanciones penales, detenciones, torturas o pena de muerte por estos motivos.

Este documento también le solicitó a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos que realizara un informe para documentar las leyes y prácticas administrativas que resultaran discriminatorias en materia de orientación sexual e identidad de género. El informe, publicado en el 2011, señala entre sus recomendaciones que los Estados deben facilitar *“el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans y dispon(er) de los necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos”*¹⁰⁴.

B.- Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

43. El Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) es el instrumento de seguimiento de la Convención con el mismo nombre que fue ratificada por Colombia en 1982. La **Observación General No. 28**¹⁰⁵ del Comité señala que los Estados deben *“decididamente implementar medidas que prohíban la discriminación interseccional que pueden sufrir las mujeres por su identidad de género, orientación sexual, religión, edad, o raza”*¹⁰⁶.

C.- Organización de los Estados Americanos

44. Al igual que las Naciones Unidas, desde el año 2008 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha emitido seis resoluciones relacionadas con las violaciones de los derechos humanos cometidas contra personas debido a su orientación sexual o su identidad de género. En la **Resolución AG/RES.2345**¹⁰⁷ manifestó su preocupación por las violaciones a los derechos humanos cometidas contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género. En la **Resolución AG/RES.2540**¹⁰⁸ la entidad instó a los Estados a investigar los actos de violencia perpetrados

¹⁰⁴ Folio 10; cuaderno principal.

¹⁰⁵ Comité de la CEDAW. Observación General No. 28. Disponible en: www.wunrn.com/reference/pdf/cedaw_3.pdf. [Consultado el 27 de febrero de 2015].

¹⁰⁶ Traducción libre realizara por el despacho de la magistrada sustanciadora.

¹⁰⁷ Organización de Estados Americanos. Resolución AG/RES.2345. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf. [Consultado el 27 de febrero de 2015].

¹⁰⁸ Organización de Estados Americanos. Resolución AG/RES.2540. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2504_XXXIX-O-09.pdf. [Consultado el 27 de febrero de 2015].

contra las personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y le solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) acompañar a las víctimas de estas violaciones. En la **Resolución AG/RES.2600**¹⁰⁹ la Asamblea General exhortó a los Estados a tomar medidas para prevenir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. En la **Resolución AG/RES.2653**¹¹⁰ le solicitó a la CIDH elaborar un estudio sobre los desarrollos conceptuales relativos a la orientación sexual y la identidad de género. A su vez, en la **Resolución AG/RES.2721**¹¹¹ le pidió a la CIDH elaborar un estudio para determinar leyes y normas administrativas de los Estados partes de la OEA que son un obstáculo para la protección de la identidad de género y la orientación sexual de las personas. Por último, la **Resolución AG/RES.2807**¹¹² se refirió explícitamente a la necesidad de asegurar la implementación de políticas y procedimientos que garanticen una protección adecuada a las personas intersexuales.

D.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

45. En la sentencia **Atala Riffo y niñas contra Chile**¹¹³ la Corte Interamericana conoció el caso de una jueza chilena que estuvo casada con un hombre, con quien tuvo dos hijas. El acuerdo de separación entre los dos le otorgó la custodia de las menores a la jueza Atala. Sin embargo, años después, la peticionaria comenzó una relación con otra mujer lo que hizo que su exmarido presentara ante las autoridades una solicitud de tuición argumentando que la orientación sexual de la actora las ponía en riesgo. La Corte Suprema de ese país otorgó la custodia de las menores al padre al considerar, entre otras cosas, que la jueza *“ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que llevaba a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”*¹¹⁴.

Aunque el caso no guarda una relación directa con la reivindicación de los derechos de los hombres y mujeres transexuales, la Sala encuentra que algunas

¹⁰⁹ Organización de Estados Americanos. Resolución AG/RES.2540. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf. [Consultado el 27 de febrero de 2015].

¹¹⁰ Organización de Estados Americanos. Resolución AG/RES.2540. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2653_XLI-O-11_esp.pdf. [Consultado el 27 de febrero de 2015].

¹¹¹ Organización de Estados Americanos. Resolución AG/RES.2540. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf. [Consultado el 27 de febrero de 2015].

¹¹² Organización de Estados Americanos. Resolución AG/RES.2540. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf. [Consultado el 27 de febrero de 2015].

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

¹¹⁴ *Ibidem*. Párrafo 56.

sub-reglas de la sentencia, que concluyó que las decisiones de la justicia chilena, vulneraron los artículos 1.1.¹¹⁵ y 24¹¹⁶ de la Convención Americana de Derechos Humanos, son pertinentes para el caso. Particularmente, es importante resaltar la que señala explícitamente que “*la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención*”¹¹⁷.

E.- Corte Europea de Derechos Humanos

46. En el proceso de **Christine Goodwin contra el Reino Unido**¹¹⁸ la Corte Europea de Derechos Humanos conoció del caso de una mujer transexual que, en enero de 1985, empezó un tratamiento hormonal y, en octubre de 1986, se sometió a una intervención quirúrgica de cambio de sexo; los costos de todo el procedimiento fueron asumidos por el sistema de salud pública del Reino Unido. En 1996 la peticionaria fue víctima de acoso sexual en su trabajo pero sus intentos por acudir a los tribunales nacionales fueron infructuosos, pues era considerado como un hombre y las normas de protección de acoso solo aplicaban a las mujeres. Posteriormente fue despedida de su trabajo, aparentemente por su identidad de género, por lo que le solicitó a las autoridades del sistema de seguridad social un nuevo número de identificación con el fin de que su nuevo empleador no pudiera rastrear sus datos y determinar que era una mujer transexual. Sin embargo, la autoridad no solo negó la petición sino que le informó posteriormente que no reunió los requisitos para pensionarse, pues como hombre su edad de jubilación era de 65 años y no de 60 como lo es para las mujeres. Igualmente, sostuvo que la regulación con respecto al matrimonio civil le impedía casarse con un hombre con quién tenía una relación prolongada debido a que su estado legal seguía siendo masculino.

La Corte consideró¹¹⁹ que las decisiones del gobierno británico violaron los artículos 8¹²⁰ y 12¹²¹ de la Convención Europea de Derechos Humanos,

¹¹⁵ Convención Americana de Derecho Humanos. Obligación de Respetar los Derechos. Artículo 1.1. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹¹⁶ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

¹¹⁷ *Ibidem*. Párrafo 91.

¹¹⁸ Corte Europea de Derechos Humanos. *Christine Goodwin v. United Kingdom*. Sentencia del 11 de julio de 2002.

¹¹⁹ Esta sentencia modificó el precedente sobre la materia que el Tribunal fijó en la sentencia *X, Y and Z v United Kingdom*. En este caso la Corte consideró que la negativa de aceptar que en el registro de nacimiento de un menor apareciera su padre, un hombre transexual, no vulneraba el artículo 8 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. Por lo tanto, condenó al Reino Unido a pagarle a la accionante una suma de dinero por concepto de daños y perjuicios.

47. En la sentencia **L contra Lituania**¹²² el Tribunal examinó el caso de un hombre transexual que en 1999 tuvo que suspender su tratamiento hormonal ante la negativa de su médico de continuar con el procedimiento porque las normas nacionales eran vagas frente a la posibilidad de realizar un tránsito de género. Por lo tanto, el actor se vio obligado a continuar con su tratamiento de manera clandestina. A pesar de someterse a una cirugía parcial de cambio de sexo en el año 2000 y de sostener una relación prolongada con una mujer, el accionante no pudo cambiar ni su identidad ni su sexo en los registros oficiales. Además, afirmó que el gobierno del Primer Ministro de la época -presionado por grupos de poder como la Iglesia Católica- se abstuvo de tramitar una reforma al Código Civil nacional que permitiera el reconocimiento de los cambios en la identidad de género.

La Corte concluyó que las circunstancias del caso hacían evidente una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, toda vez que las normas que regulaban el estado civil y la identidad de las personas generaron incertidumbre para las personas transexuales, restringían su derecho a definir su identidad y constituían una invasión a su esfera privada.

F.- Los Principios de Yogyakarta

¹²⁰ Convención Europea de Derechos Humanos. Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

¹²¹ Convención Europea de Derechos Humanos. Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

¹²² Corte Europea de Derechos Humanos. *L v. Lithuania*. Sentencia del 11 de septiembre de 2007.

48. Los Principios de Yogyakarta no fueron expedidos por una autoridad que formalmente haga parte de alguno de los sistemas del DIDH¹²³, no obstante, aplicando los principios generales del *soft law*¹²⁴ -es decir, normas que fueron expedidas por fuera del sistema de fuentes formales del derecho internacional¹²⁵- se pueden incorporar con el objetivo de tener un parámetro integral para aplicar eficientemente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la protección de la identidad de género y la orientación sexual. Estos principios afirman la obligación primordial que cabe a los Estados, autoridades e incluso a actores de la sociedad civil en cuanto a la implementación de los derechos humanos. Además, brinda recomendaciones sobre las responsabilidades de todas las instancias involucradas en materia de promoción y protección. Como lo dice la introducción al texto

*“Las y los especialistas coinciden en que (...) reflejan el estado actual de la legislación internacional de derechos humanos en relación a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Asimismo reconocen que los Estados podrían contraer obligaciones adicionales conforme la legislación en materia de derechos humanos continúe evolucionando. Los Principios de Yogyakarta afirman las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente en el que todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, puedan realizar esos valiosos derechos que les corresponden por su nacimiento.”*¹²⁶

49. Como puede observarse, el DIDH, en diferentes instancias se ha ocupado de la orientación sexual y la identidad de género, muestra una línea protectora clara en términos generales y en la resolución de casos concretos que se han ocupado de varios problemas estructurales que afrontan las mujeres y los

¹²³ Según el documento oficial que recoge los Principios, los mismos fueron elaborados de la siguiente manera: *“(la) Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en nombre de una coalición de organizaciones de derechos humanos, han puesto en marcha un proyecto encaminado a desarrollar una serie de principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos a las violaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género, a fin de imbuir de una mayor claridad y coherencia a las obligaciones estatales en materia de derechos humanos”*. Principios de Yogyakarta. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf. [Consultado el 12 de marzo de 2015].

¹²⁴ Cfr. Abbot, Keneth W. y Snidal, Duncan. *Hard and Soft Law in International Governance*. En: International Organization. Volumen 54 (3). 2000, pp. 421-456.

¹²⁵ Se pueden consultar las siguientes sentencias como ejemplos de aplicación del *soft law* a los juicios de tutela que realiza el Tribunal: T-235/11 y T-077/13.

¹²⁶ Principios de Yogyakarta. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf. [Consultado el 19 de marzo de 2015].

hombres transgénero en distintas latitudes. De hecho, la experiencia comparada sobre la situación general de las personas transexuales y sobre el servicio militar también muestra un panorama complejo, pero que revela opciones jurídicas para dignificar la vida de estos sujetos.

El Derecho Comparado

50. La Sala presentará diversas experiencias del Derecho Comparado sobre la situación general de la población transexual y, en particular, los casos de algunos países con un sistema de conscripción similar al de Colombia que ya han abordado de alguna manera los dilemas constitucionales que surgen de la protección de la identidad de género y la orientación sexual.

A.- Situación general de la población transexual

A.1. Corte Suprema de Justicia de Kenia

51. En la sentencia de **X contra la Fiscalía General de la Nación y otros**¹²⁷ la Corte Suprema de ese país conoció del caso de una persona intersexual que nunca pudo someterse a una intervención quirúrgica para determinar su identidad de género. En razón de esto, y debido a que sus padres le asignaron el género masculino al nacer sin que él se identificara con el mismo, se enfrentó sistemáticamente con barreras que impidieron que pudiera acceder a servicios de salud y de educación de calidad. Posteriormente, y debido a estos obstáculos, tuvo problemas legales y fue condenado por hurto agravado. Entonces, fue enviado a una cárcel de hombres donde su intersexualidad provocó que fuera víctima de tratos crueles, denigrantes y discriminatorios. En la sentencia, la Corte admitió que los tratos que recibió en la cárcel eran inconstitucionales y reconoció una suma de dinero por los perjuicios que esas acciones le ocasionaron.

A.2. Corte Suprema de Nepal

52. En el caso **Sunil Babu contra el Gobierno de Nepal**¹²⁸ la Corte Suprema de Nepal conoció de una acción de constitucionalidad presentada por una

¹²⁷ Corte Suprema de Kenia. *X v. Attorney General and others*. Sentencia del 2 de diciembre de 2010.

¹²⁸ Corte Suprema de Nepal. *Sunil Babu Pant et. al. v. Nepal Government, Office of the Prime Minister and Council of Ministers, Legislature-Parliament*. Sentencia del 21 de diciembre de 2007.

coalición de organizaciones activistas de los derechos de la comunidad LGBTI. Estas agrupaciones, argumentaban que varias normas civiles fomentaban una discriminación estructural contra esta comunidad y solicitaron, entre otras medidas, que la Corte ordenara que se creara un tercer género para los registros oficiales. Después de citar varios documentos internacionales (como el caso Christine Goodwin contra el Reino Unido y los Principios de Yogyakarta) el Tribunal reconoció una discriminación sistemática contra la población LGBTI en razón de la identidad de género y orientación sexual de sus miembros. Por lo tanto, le ordenó a la Asamblea Constituyente -que en ese momento se encontraba redactando la nueva Constitución del país- introducir una serie de remedios constitucionales para proteger a esta comunidad. Entre otras medidas, solicitó que para todos los documentos civiles se debía crear un tercer sexo para aquellas personas que no se identificaran con esa división binaria o se encontraran haciendo el tránsito de un género a otro¹²⁹.

A.3. Tribunal Superior de Kuala Lumpur (Malasia)

53. En el caso, **JG contra Negara**¹³⁰ el Tribunal Superior de Kuala Lumpur conoció el caso de una mujer transexual que, después de realizarse la cirugía de cambio de sexo en Tailandia, solicitó el cambio de nombre y de sexo en su documento de identidad. La autoridad de registro aceptó solamente cambiar el nombre, lo que perjudicó la vida laboral y personal de la peticionaria, pues cada vez que tenía que revelar su registro legal, era sometida a tratos discriminatorios. En este caso, el juez decidió que en estos procesos las autoridades no *“solo debían considerar el aspecto físico de las personas transexuales sino la forma como éstas desde su autonomía reconocían su propio género”*¹³¹.

A.4. Tribunal Supremo de España

54. En la sentencia **STS 4665/1987**¹³² el Tribunal Supremo de España - máxima autoridad de la jurisdicción civil en ese país- analizó el caso de un hombre transexual que, tras realizarse la cirugía de cambio de sexo en el

¹²⁹ La Academia Colombia de Jurisprudencia, en su intervención, también pone como ejemplo de estar “leyes del tercer género” a las reformas de las normas que regulan el registro civil en Argentina y Andalucía.

¹³⁰ Tribunal Superior de Kuala Lumpur. *Re JG, JG v Pengarah Jabatan Pendaftaran Negara*. Sentencia del 25 de mayo de 2005.

¹³¹ Traducción libre realizada por el despacho de la magistrada sustanciadora.

¹³² Tribunal Supremo de España. *Sentencia STS 4665/1987*. Sentencia del 2 de julio de 1987.

Reino Unido, solicitó a los tribunales españoles reconocer su nuevo género para así poderlo modificar en su registro civil. El juez de primera instancia otorgó la petición pero, ante la apelación de las autoridades, el juez de segunda instancia revocó la decisión. El Tribunal Supremo revocó la última providencia y confirmó la modificación del sexo solicitada al asegurar que *“es un derecho constitucional el que nadie (sea) obligado a mantenerse dentro de los márgenes de un sexo que psíquicamente repudia”*¹³³.

B.- El servicio militar obligatorio

55. Vistos algunos casos que abordaron generalidades sobre la situación estructural de la comunidad transgénero en el mundo, en este apartado la Sala considerará las experiencias de países que -como Colombia- tienen un sistema de servicio militar obligatorio, o en los que se han presentado discusiones públicas acerca de las garantías de acceso a dicho servicio que 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.

B.1. Corea del Sur

56. El artículo 39 de la Constitución de la República de Corea de 1948 establece la conscripción obligatoria¹³⁴. La ley vigente de servicio militar de 1965 estableció que dicha obligación recae exclusivamente para los hombres entre los 18 y 35 años de edad¹³⁵. Aunque no hay sentencias en la materia, existen reportes de procesos que actualmente se llevan contra el Ejército coreano por parte de mujeres transexuales que son obligadas por esta institución a someterse a procedimientos quirúrgicos o exámenes psiquiátricos como condición para ser exentas de prestar el servicio militar.

Particularmente, es oportuno resaltar el caso de una mujer transexual de 22 años¹³⁶, que en octubre de 2014 presentó una queja contra la Dirección de

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Constitution of the Republic of Korea. Disponible en: www.korea.assembly.go.kr/res/low_01_read.jsp. [Consultado el 20 de febrero de 2015].

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Trans woman files complaint against military over surgical castration. Disponible en: www.koreaobserver.com/trans-woman-files-complaint-against-military-over-surgical-castration-24136. [Consultado el 20 de febrero de 2015].

Reclutamiento de ese país (*Military Manpower Administration -MMA-*). Para solicitar la exención del servicio militar tuvo que presentar un examen médico que certificaba que *“padecía de una crisis de identidad sexual”* y probar que se estaba sometiendo a una terapia hormonal. Con todo, la MMA negó la petición por considerar *“que no existían pruebas convincentes que demostraran que no podía volver a ser un hombre”*. Por estos hechos, el Centro Coreano de Cultura y Derechos de las Minorías Sexuales (*Korean Sexual-Minority Culture and Rights Center*) presentó un amparo a nombre de la mujer, por considerar que la respuesta del Ejército constituye una *“barrera para la protección de la identidad de género de las personas y porque las mujeres transexuales deberán estar exentas del servicio militar sin necesidad de que se sometan a un procedimiento quirúrgico de cambio de sexo”*¹³⁷. El caso se encuentra en curso y muestra que ya se ha planteado el debate al respecto.

B.2. Israel

57. La Ley de Servicio de Defensa de Israel¹³⁸ regula todo lo concerniente al servicio militar obligatorio en ese país. Dicha norma establece que todo ciudadano israelí, con algunas exenciones religiosas y étnicas, debe prestar un servicio militar de dos años, en el caso de las mujeres, y tres años, en el caso de los hombres. Sin embargo, la norma no tiene un enfoque diferencial para los casos de mujeres y hombres transexuales por lo que, en numerosas oportunidades, estas personas se veían obligadas a prestar su servicio con otras que no compartían su identidad de género, viéndose sometidas a constantes burlas y tratos discriminatorios.

Sin embargo, en agosto de 2013 se reportó el caso de una decisión de la Dirección de Reclutamiento de ese país (*Reception and Classification Base*) de aceptar que una mujer transexual prestara el servicio junto a las mujeres cisgénero de su compañía¹³⁹. Adicionalmente, en junio de 2014 el primer hombre transexual se graduó como oficial del Ejército israelí después de haber realizado todo el curso junto a otros hombres cisgénero¹⁴⁰.

¹³⁷ Traducciones libres realizadas por el despacho de la magistrada sustanciadora.

¹³⁸ Defence Service Law of 1996. Disponible en: www.mfa.gov.il. [Consultado el 20 de febrero de 2015].

¹³⁹ Transgender in the IDF. Disponible en: www.awiderbridge.org/first-transgender-officer-in-the-idf/. [Consultado el 20 de febrero de 2015].

¹⁴⁰ First Transgender Officer in the IDF. Disponible en: www.awiderbridge.org/first-transgender-officer-in-the-idf/. [Consultado el 20 de febrero de 2015].

B.3. Estados Unidos

58. A diferencia de Corea del Sur e Israel, Estados Unidos no tiene un sistema de reclutamiento obligatorio vigente en su Ejército. Sin embargo, recientemente numerosas organizaciones de defensa de los derechos de la comunidad LGBTI han presentado casos ante los jueces federales de ese país contravirtiendo la legalidad de las normas del Departamento de Defensa que prohíben abiertamente que las personas transexuales presten el servicio militar en cualquier rama de las Fuerzas Armadas¹⁴¹. Aunque no existen pronunciamientos legales todavía, esta experiencia resulta útil para entender como la protección constitucional a la identidad de género también implica reconocer que existe un derecho en cabeza de las personas transexuales a prestar servicio militar si de manera voluntaria lo desean. Así, este derecho contiene una dimensión positiva constituida por las posibilidades y garantías que tienen estas personas para acceder al mismo en condición de igualdad.

B.4. Canadá, Australia y Reino Unido

59. Estos tres países, al igual que Estados Unidos, no tienen un servicio militar obligatorio. Sin embargo, numerosas instituciones¹⁴² los reconocen como Estados que ofrecen amplias garantías de acceso para que las mujeres y los hombres transexuales puedan ingresar voluntariamente a las filas del Ejército. Entre otras medidas, las autoridades de estos países: i) han reconocido explícitamente que no existe un riesgo al incorporar a las Fuerzas Armadas personas transexuales; ii) han promovido activamente que estas personas participen en todo tipo de misiones, incluidas las misiones internacionales de paz; y iii) y tienen protocolos de servicios generales de bienestar (salud, educación, seguridad social, etc.) con enfoque diferencial de género¹⁴³.

60. Para la Sala, todos los ejemplos de Derecho comparado 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

¹⁴¹ Ban on Transgender Military Service. Disponible en: www.aclu.org/ban-transgender-military-service. [Consultado el 20 de febrero de 2015].

¹⁴² Palm Center. Report of the Transgender Military Service Commission. Disponible en: www.palmcenter.org/files/Transgender%20Military%20Service%20Report.pdf. [Consultado el 20 de febrero de 2015].

¹⁴³ Ibídem, traducción libre realizada por el despacho de la magistrada sustanciadora.

constitucional que el tema tiene en otros países. Por otro lado, también es claro que las discusiones globales no solo giran alrededor de la aplicabilidad o no de las normas de reclutamiento a las mujeres transgénero, aunque éstas estén dirigidas a hombres cisgénero, sino 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.

61. Hechas estas precisiones conceptuales en materia de DIDH y de Derecho Comparado, la Sala se referirá al marco constitucional colombiano en materia de protección a la orientación sexual e identidad de género. En primera instancia se referirá a la jurisprudencia sobre la protección de los derechos fundamentales a la dignidad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad, que constituyen un entramado de derechos en los casos que se refieren a la protección de las personas transexuales.

Reglas generales de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos. Reiteración jurisprudencial

62. Aunque ninguna de las partes accionadas cuestionó la procedencia de la acción, la Sala considera que es preciso examinar si la tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales a la dignidad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad de Gina Hoyos Gallego.

63. Para empezar, la Sala quiere recordar que el artículo 86¹⁴⁴ de la Constitución -refrendado por las normas procesales de la tutela¹⁴⁵- establece que este amparo procede como un mecanismo para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Sin embargo, la misma regla constitucional establece un claro límite a la procedencia de la acción, al señalar que ésta solo será admisible cuando el afectado no disponga de otro

¹⁴⁴ Constitución Política Artículo 86 (parcial). Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actué a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

¹⁴⁵ Decreto 2591 de 1991. Artículo 5. **Procedencia de la acción de tutela.** La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

medio de defensa judicial, salvo en los casos donde la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por la norma, este Tribunal ha señalado, en repetidas ocasiones, que los jueces de tutela tienen una obligación general frente a la procedencia de la acción de tutela:

*“Es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela tener en cuenta que ésta es (un) **mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales**, que se caracteriza por tener un carácter residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades judiciales a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen derechos de naturaleza constitucional. **Por lo anterior, el recurso de amparo no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales, salvo que dichas vías sean ineficaces, inexistentes o se configure un perjuicio irremediable.** En relación con este último, esta Colegiatura ha determinado que se configura cuando existe el riesgo de que un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico o un derecho constitucional fundamental sufra un menoscabo. En ese sentido, el riesgo de daño debe ser inminente, grave y debe requerir medidas urgentes e impostergables. De tal manera que la gravedad de los hechos exige la inmediatez de la medida de protección”* (resaltado fuera del texto)¹⁴⁶.

Entonces, frente a esta obligación general el juez debe: i) determinar si, *prima facie*, se vulnera, por acción u omisión, un derecho fundamental protegido constitucionalmente o si existe un riesgo de que se vaya a actuar en detrimento del mismo; ii) verificar que dicho riesgo sea inminente y grave, por lo que debe atenderse de manera inmediata; y iii) comprobar que no existe otro remedio judicial o que el ordinario no es un medio adecuado o idóneo de defensa para el caso concreto.

64. Más aún, con respecto a la tutela contra actos administrativos de carácter particular (como la multa impuesta por el Ejército a la peticionaria) la Corte ha fijado una regla de excepcionalidad aún más severa¹⁴⁷. Así, el Tribunal ha

¹⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-788/13. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁴⁷ Ver, entre otras sentencias, T-343/01; T-210/10; Y T-004/11,

sostenido que el amparo es improcedente en estos casos pues los ciudadanos pueden ejercer las acciones de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho ante los jueces administrativos y solicitar, como medida preventiva dentro del proceso, la suspensión del acto que causa la vulneración.

Sin embargo, la Corte ha señalado¹⁴⁸ que la tutela contra este tipo de acciones es procedente en aquellos casos concretos donde se demuestre que el mecanismo ordinario carece de la eficacia y de la idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Para eso, los jueces deben verificar si: i) el daño es inminente, es decir, que sea una amenaza que está por suceder; ii) el perjuicio es grave, es decir de una magnitud o intensidad considerable; iii) las medidas judiciales para conjurar el perjuicio se deben tomar de manera urgente; y iv) que el amparo no se puede postergar toda vez que es la única medida para garantizar un adecuado restablecimiento de los derechos de los ciudadanos.

Adicionalmente, tratándose de personas en estado de indefensión o vulnerabilidad la Corte ha determinado que el examen de estos supuestos no debe ser tan riguroso:

“algunos grupos con características particulares, (...) pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aun cuando para la generalidad de la sociedad no constituyen perjuicio irremediable, sí lo son para ellos, pues por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad, pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican un “tratamiento diferencial positivo”, y que amplía (sic) a su vez el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela”¹⁴⁹.

Aunado a lo anterior, la Corte ha determinado que una de las maneras en las que un ciudadano se puede encontrar en un estado de indefensión ocurre cuando son sujetos de especial protección constitucional. Dicha situación ha sido definida por la Corporación de la siguiente manera:

“Tratándose de sujetos de especial protección (el Tribunal) ha sostenido que el amparo reforzado de los sujetos de especial protección

¹⁴⁸ Ver, entre otras sentencias, T-225 de 1993; SU-544 de 2001; T-983-01; T-1316 de 2001; T-069/08; y T-094/13.

¹⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-1316/01. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.

constitucional, parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se han visto sometidos históricamente. Así la Constitución Política en su artículo 13 establece que “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.” **Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados”** (resaltado fuera del texto)¹⁵⁰.

65. En conclusión, la Sala reitera las reglas sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos siempre que, en el caso concreto, se compruebe que ni la acción de nulidad ni la de nulidad y restablecimiento de derecho son el mecanismo idóneo para proteger el derecho de un ciudadano. En este caso, entonces, el juez constitucional de tutela debe fijar un remedio judicial urgente para proteger los derechos fundamentales del ciudadano afectado. Igualmente es importante destacar que, cuando se trata de casos que involucran a personas en estado de vulnerabilidad, el escrutinio que debe hacer el juez frente a la procedencia de la acción es menos riguroso pues dicha condición de especial indefensión obliga a una actuación judicial sumaria y eficaz.

Los derechos fundamentales a la dignidad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad. Reiteración de jurisprudencia

66. Frente al derecho a la dignidad, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades¹⁵¹ que el mismo debe entenderse bajo dos dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y desde su funcionalidad normativa. Frente a la primera, el Tribunal ha identificado tres lineamientos claros y diferenciados: i) la dignidad humana comprendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; ii) la dignidad humana entendida como el conjunto de ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y iii) la dignidad

¹⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-737/13. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

¹⁵¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-881/02. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

humana vista como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación.

De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad de la norma, esta Corporación también ha identificado tres expresiones de la dignidad: i) como valor, por ser principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado; ii) como principio constitucional; y iii) como derecho fundamental autónomo. Este concepto guarda una estrecha relación con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la identidad personal¹⁵²:

*“Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el de libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección. **El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social. Se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado”.** (Resaltado fuera del texto)¹⁵³*

De igual modo, el Tribunal ha reconocido que para el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica no es posible soslayar que la personalidad de los sujetos trasciende el plano individual. Esto quiere decir que la libertad del ciudadano, con el fin de definir su identidad, también está determinada por la manera como adquiere hábitos sociales y culturales y cómo los mismos son respetados por los demás¹⁵⁴.

67. Ahora bien, frente al derecho a la igualdad resulta oportuno recordar de manera breve la manera como, a partir de una la definición filosófica clásica, este Tribunal ha incorporado a la jurisprudencia el concepto de igualdad:

“El principio constitucional de la igualdad y el derecho subjetivo de allí derivado -en la consagración que aparece en el artículo 13 de la Constitución Política- son los depositarios jurídicos de la vieja noción filosófica de justicia, según la cual los casos semejantes deben recibir el mismo tratamiento y los diferentes deben ser objeto de trato distinto. Esta fórmula carece de sentido si no se complementa con algún

¹⁵² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-090/96. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-336/08. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵⁴ Op. Cit. T-090/96.

*elemento de valoración que permita establecer una clasificación de lo igual y de lo desigual. Tal referente valorativo se conoce como "patrón de igualdad", el cual, una vez adoptado, excluye cualquier otro paradigma de valoración. Así, el hecho de que todos los casos X sean iguales respecto del patrón A no lleva a la conclusión de que también lo sean, por ejemplo, frente a Y". (Resaltado fuera del texto)*¹⁵⁵.

A partir de esta definición, la Corte ha reconocido que existen tres diferentes dimensiones del derecho a la igualdad. En efecto, la Corporación ha dicho que de la cláusula de protección del artículo 13 de la Constitución¹⁵⁶ se derivan varios elementos: i) una regla de igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas; ii) una prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato discriminatorio a partir de criterios sospechosos contruidos a partir de -entre otras- razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión u opinión política; y iii) 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). En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 CP) tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: a) ¿Igualdad entre quiénes?; b) ¿Igualdad en qué?; y c) ¿Igualdad con base en qué criterio?

Juicio de igualdad en casos de posible discriminación por identidad de género u orientación sexual

¹⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-230/94. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵⁶ 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.

68. Para establecer eventuales violaciones del derecho a la igualdad, resulta adecuado explicar el llamado *test de igualdad*¹⁵⁷. En primer lugar, es necesario recordar brevemente los contenidos de dicho *test*, sus principales elementos y la evolución que ha tenido la jurisprudencia constitucional sobre la materia así como las particularidades que tiene cuando se aplica a casos de discriminación por identidad de género u orientación sexual.

69. Una primera versión del juicio de igualdad¹⁵⁸ se puede encontrar en la **sentencia C-022 de 1996** donde la Corte examinó la constitucionalidad de una norma que otorgaba a aquellas personas que prestaran el servicio militar una bonificación del 10% en el puntaje de los exámenes para acceder a la educación pública universitaria. En dicho fallo, el Tribunal concluyó que dicho beneficio era inconstitucional y para hacerlo estableció un *test de proporcionalidad*¹⁵⁹, que debía determinar si las normas acusadas de violar la cláusula general de igualdad: i) perseguían un objetivo a través del establecimiento del trato desigual; ii) ese objetivo era válido a la luz de la Constitución; y iii) el trato desigual era razonable, es decir, el fin que perseguía era proporcional con la medida discriminatoria que implementaba. A su vez, la última etapa del *test* estaba conformada por tres elementos, así:

*“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la **adecuación** de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la **necesidad** de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la **proporcionalidad en sentido estricto** entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”*(resaltado fuera del texto)¹⁶⁰.

70. Una segunda versión del *test de igualdad* se puede encontrar en la **sentencia C-093 de 2001**. En la misma, la Corte concluyó que el requisito de edad de 25 años para el adoptante que quisiera adoptar un menor de edad era

¹⁵⁷ Esta reconstrucción se basa en la sentencia C-880 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁵⁸ Frente a la evolución del juicio de igualdad en la Corte Constitucional ver: Bernal Pulido, Carlos Bernal. “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”. En: Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (7º, 2002: México D.F). Memorias del 7º Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, 2002, 51-74.

¹⁵⁹ Sobre el juicio de proporcionalidad ver: Rodríguez Garavito, César. “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”. En: Observatorio de Justicia Constitucional. Jaramillo Sierra, Isabel Cristina; Cepeda Espinosa, Manuel José (editores). Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1998.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

constitucional. Al hacerlo, el Tribunal incorporó la teoría de los *niveles de intensidad*¹⁶¹ al *test de igualdad*, así:

*(el test de igualdad) se funda en la existencia de **distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “tests” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves)**. Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento.*

En el escrutinio débil o suave, para que una norma sea declarada constitucional basta con que el trato diferente que se examina sea una medida *“potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico”*¹⁶². Por lo tanto, en este tipo de *test* se constata que: “i) el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y ii) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En este sentido, un tratamiento desigual es inconstitucional si su objetivo está explícitamente proscrito por la Constitución o si es el medio es manifiestamente inadecuado para alcanzado un fin constitucional”¹⁶³.

Por otra parte, el escrutinio estricto se aplica cuando una diferenciación se fundamenta en lo que la doctrina constitucional ha denominado *“criterios sospechosos”* que son causas de discriminación prohibidas explícitamente por la Constitución¹⁶⁴ o que: “i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; ii) son características que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales

¹⁶¹ El concepto de los niveles de intensidad fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y fue adoptada por la Corte Constitucional en la segunda versión del *test de igualdad*. Frente al tema, se pueden ver sentencias como *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938); *Skinner v. State of Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); o *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

¹⁶² Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 2001. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-445 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶⁴ La Corte Constitucional, en numerosas sentencias, ha considerado que los criterios señalados por el artículo 13 de la Constitución (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica) son también criterios sospechosos de discriminación (ver, entre otras sentencias, SU-617/14; C-577/11 o C-075/07).

sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales”¹⁶⁵.

Por último, el juicio intermedio es una categoría que se sitúa entre los dos niveles de intensidad anteriormente descritos. Se aplica, entre otros, en los casos en que existen normas basadas en *criterios sospechosos* pero con el fin de favorecer a grupos históricamente desfavorecidos. Esta hipótesis se refiere a las llamadas *“acciones afirmativas”*¹⁶⁶ donde se utiliza un criterio de género o raza para, por ejemplo, promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior. Como el *criterio sospechoso* no promueve una diferenciación sino que intenta reducir la brecha entre dos o más comunidades la Corte Constitucional ha entendido que *“es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante”*¹⁶⁷. Sobre estas medidas debe aplicarse un escrutinio intermedio que determine: *“i) si la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; ii) si existe un indicio de arbitrariedad que puede resultar sumamente gravosa para la libre competencia; y iii) que entre dicho trato y el objetivo que persigue exista una relación de idoneidad sustantiva”*¹⁶⁸.

71. Finalmente, la última etapa de la evolución jurisprudencial del *test de igualdad* -y que también recoge la citada **sentencia C-093 de 2001**- se encuentra definida en lo que la Corte Constitucional ha llamado un *juicio integrado de igualdad* que combina el *test de proporcionalidad* de la primera versión del juicio con los *niveles de escrutinio* de la segunda fase, así:

La complementariedad entre el juicio de proporcionalidad y los tests de igualdad, así como sus fortalezas y debilidades relativas, han llevado a la doctrina, con criterios que esta Corte prohija, a señalar la conveniencia de adoptar un “juicio integrado” de igualdad, que aproveche lo mejor de las dos metodologías. Así, este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional

¹⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-112/00. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶⁶ Frente al desarrollo teórico de las acciones afirmativas se puede consultar: Tushnet, Mark. *“The New Constitutional Order”*. Princeton University Press. Princeton, 2004.

¹⁶⁷ Op. Cit. Sentencia C-445/95.

¹⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-673/01. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses. Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional” (resaltado fuera del texto)¹⁶⁹.

72. En el caso específico de la identidad de género u orientación sexual como criterios de distinción, la regla judicial, desarrollada tiempo atrás por este Tribunal, ha sido clara en reprochar estas conductas señalando que vulneran la cláusula general de igualdad de la Constitución por ser discriminatorias. En la **sentencia C-481 de 1998**¹⁷⁰ el Tribunal examinó la constitucionalidad de una norma del Estatuto Docente que establecía que la homosexualidad constituía una causal de mala conducta en el ejercicio de la profesión magistral. Al decretar la inexecutable de dicha provisión, la Corporación fue enfática en afirmar que tanto la orientación sexual como la identidad de género no pueden ser consideradas una enfermedad ni tampoco puede ser la base de un trato discriminatorio legítimo:

“La preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual -entre ellas la homosexual- hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, la Corte ha afirmado que 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. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación

¹⁶⁹ Op. Cit. Sentencia C-093/01.

¹⁷⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-481/98. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

*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 (...) **Conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. 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**"* (resaltado fuera de texto)¹⁷¹.

Asimismo, el Tribunal ha establecido explícitamente que el derecho a la igualdad tiene una relación estrecha con el principio de dignidad humana, pues se deriva -como lo plantea la definición transcrita- del hecho de reconocer que todas las personas, como ciudadanos, tienen derecho a exigir de las autoridades públicas un mismo trato y por lo tanto merecen la misma consideración con independencia de la diversidad que exista entre ellas. Según este mandato, le corresponde al Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva adoptando medidas a favor de grupos sistemáticamente discriminados¹⁷².

73. De este recuento es posible concluir que la dignidad humana, ha sido entendida la autonomía de los sujetos para diseñar un plan de vida y de determinarse según sus características; además implica que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación. Este derecho tiene un nexo inescindible con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la identidad personal, potestades cuyo ejercicio trasciende plano individual, por eso sus manifestaciones públicas deben ser objeto de protección sin perjuicio de los límites que imponen los derechos de otros y el mantenimiento del orden social. Generalmente, en estos escenarios de expresión de los derechos se presentan situaciones que pueden ser violatorias del derecho a la igualdad.

Para determinar si se presenta o no una violación deben establecerse parámetros relacionales que identifiquen los términos de la comparación y la legitimidad de las razones que justifican el trato diferenciado. Uno de los dispositivos de análisis para verificar la existencia y legitimidad de un trato desigual es el juicio integrado de igualdad. Cuando se trata de categorías como

¹⁷¹ Ibídem.

¹⁷² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-748/09. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

el género o la orientación sexual, el test deberá ser estricto. En efecto, este tipo de escrutinio procede ante criterios sospechosos -por ejemplo los prohibidos expresamente por la Constitución- y exigen un análisis de racionalidad indiscutible en la justificación de las medidas desiguales. Por eso impone un análisis de los fines perseguidos y de los medios utilizados según el cual, el fin no solo debe ser legítimo, sino imperioso; el medio debe ser necesario -es decir que no puede ser remplazado por otro menos lesivo-; y la relación entre el medio y el fin debe mostrar que los beneficios de adoptar la medida diferenciada exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

74. Hechas las claridades conceptuales sobre los alcances y límites generales de los derechos invocados por la peticionaria, la Sala reconstruirá la línea jurisprudencial en la que el Tribunal ha aplicado estos contenidos con un enfoque diferencial frente a la identidad de género y la orientación sexual de las personas.

Reglas jurisprudenciales sobre la protección constitucional de la identidad de género

75. En este apartado, la Sala resumirá las sentencias de la Corte Constitucional sobre la protección a la identidad de género de las personas con el fin de determinar, tanto la evolución que ha tenido la materia en la jurisdicción constitucional, como la inexistencia de un precedente sobre la situación militar de las mujeres transgénero.

76. El primer caso en el que la Corte Constitucional se refirió a la identidad de género de los personas, aunque no en esos términos, fue la **sentencia T-504 de 1994**¹⁷³. 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 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 sólo puede ser ordenado por un juez. La Corporación determinó que la Registraduría actuó correctamente y advirtió 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”*¹⁷⁴.

77. Posteriormente, la Corte empezó a reevaluar ese precedente. En la **sentencia SU-337 de 1999**¹⁷⁵ el Tribunal conoció el caso de una menor de edad a la que, durante un examen pediátrico a los tres años de edad, se le encontraron genitales ambiguos por lo que le fue diagnosticado *“pseudohermafroditismo masculino”*¹⁷⁶. Los médicos tratantes recomendaron un tratamiento

¹⁷³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-504/94. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-337/99. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁶ En esta sentencia la Corte se refirió al menor como un *“hermafrodita”*. Vale la pena aclarar que dicha definición ha sido reevaluada 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.

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 menor 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, interpuso la acción de tutela con el fin de que se autorizara la intervención toda vez que su hija no podía tomar la decisión por ella misma y que al esperar a que tuviera esa capacidad se le estaría infringiendo 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 consideró que:

“(…) 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)¹⁷⁷.

La Corte describió 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 o de personas que no tienen la capacidad para avalar o rechazar tratamientos médicos de los que pueden ser destinatarios y revisó el estado del arte que en su momento existía sobre la intersexualidad. Posteriormente, ordenó que se conformara un equipo interdisciplinario que atendiera el caso y estableciera el momento preciso en la que la menor tuviera la capacidad para prestar su consentimiento informado a los procedimientos quirúrgicos y hormonales. Esta Sala destaca el derecho que tiene cada individuo -sin importar su edad- a 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

¹⁷⁷ Ibídem.

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)¹⁷⁸.

78. El precedente fijado por la sentencia anterior fue confirmado por la Corte en numerosas ocasiones¹⁷⁹. Por ejemplo, en la **sentencia T-1025 de 2002**¹⁸⁰ el Tribunal nuevamente conoció un caso de intersexualidad en un menor de edad al que le fue asignado el sexo masculino al nacer. La Corporación ordenó la conformación de un equipo interdisciplinario para que asistiera a la familia y protegiera la autonomía del menor. Además, 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***

¹⁷⁸ *Ibídem*.

¹⁷⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-551/99. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional. Sentencia T-692/99. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz; y Corte Constitucional. Sentencia T-1021/03. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1025/02. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

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)¹⁸¹.

79. Por su parte, en la **sentencia T-152 de 2007**¹⁸² el Tribunal examinó la tutela de una mujer transexual que trabajaba en el negocio de la construcción, realizando labores de pintura y estucos. 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”*¹⁸³.

80. Por otro lado, en la **sentencia T-062 de 2011**¹⁸⁴ 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 que cumplía una pena de prisión. En esa ocasión, la Corte encontró probadas 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 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

¹⁸¹ Ibídem.

¹⁸² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-152/07. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁸³ Ibídem.

¹⁸⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-062/11. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

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)¹⁸⁵.

81. Asimismo, la **sentencia T-314 de 2011**¹⁸⁶ analizó el caso de una mujer transexual que alegó haber sufrido 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 que la orientación sexual y la identidad de género están protegidas por la cláusula general de igualdad de la Constitución, por lo que cualquier trato discriminatorio aparentemente basado en los estos criterios 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 gais, 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, gais 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

¹⁸⁵ Ibídem.

¹⁸⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-314/11. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

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)¹⁸⁷.

82. A su vez, en la **sentencia T-918 de 2012**¹⁸⁸ la Corte estudió 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 en los demás documentos de identificación. La Corporación argumentó que las personas tienen el derecho a contar con 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,

¹⁸⁷ Ibídem.

¹⁸⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-918/12. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

*en detrimento del bienestar general de dicha comunidad (resaltado fuera del texto)*¹⁸⁹.

83. Por otra parte, la **sentencia T-977 de 2012**¹⁹⁰ 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, pues 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 éste solo se puede realizar por una sola vez¹⁹¹. Sin embargo, la Corte inaplicó dicha restricción y ordenó que se realizara una nueva enmienda en el documento de identidad de la accionante argumentando 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

¹⁸⁹ Ibídem.

¹⁹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-977/12. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada.

¹⁹¹ 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.

identidad también suponen consideraciones especiales en casos especiales” (resaltado fuera del texto)¹⁹².

84. De la misma manera, en la **sentencia T-450A de 2013**¹⁹³ la Corte conoció el caso de un bebé intersexual cuyo Registro Civil de Nacimiento fue rechazado por parte de la Registraduría. En su momento, la entidad alegó que no podía proceder a dicha inscripción pues el “*certificado de nacido vivo*”, documento que expiden los médicos que reciben los partos inmediatamente después del nacimiento, no indicaba con claridad si el sexo del menor era masculino o femenino. Por lo tanto, la madre de éste interpuso una acción de tutela alegando que la actuación de la autoridad violó, entre otros, los derechos a la vida, a la personalidad jurídica, y a la salud de su hijo.

En este caso, el Tribunal decidió que se realizara una evaluación interdisciplinaria para determinar las mejores prácticas médicas para asignarle un sexo al menor. Igualmente, le ordenó a la Registraduría que implementara un sistema de inscripción para menores intersexuales disponiendo de un mecanismo expedito para cambiar el sexo y el nombre cuando se tome una decisión definitiva sobre su identidad. Entre las consideraciones que realizó la Sala de Revisión en dicha oportunidad, vale la pena destacar una donde la Corporación reconoce que el sexo de una persona no determina bajo ninguna circunstancia su condición de ciudadano:

*“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”*¹⁹⁴.

¹⁹² Op. Cit. Sentencia T-977/12.

¹⁹³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-450A/13. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

85. Finalmente, el precedente más reciente sobre la protección constitucional a la identidad de género se encuentra en la **sentencia T-476 de 2014**¹⁹⁵. En este caso, por primera vez, la Corte abordó el tema de la libreta militar y las mujeres transexuales pero desde su obligación de presentar ese documento como requisito para suscribir un contrato con el Estado. En la tutela, una mujer transgénero describió 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 dependencia le notificó posteriormente que no podía avanzar con su contratación pues 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 1993¹⁹⁶, referido a la obligación de presentar la libreta militar para celebrar contratos con alguna entidad pública, bajo el entendido de que los particulares deben abstenerse de imponer criterios o cánones específicos, propugnando por proteger los derechos al pluralismo, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad e identidad:

*“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)*¹⁹⁷.

86. En conclusión, la Corte ha hecho avances dirigidos a desarrollar un enfoque diferencial frente al alcance de los derechos fundamentales a la

¹⁹⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-476/14. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

¹⁹⁶ Congreso de la República. Ley 48 de 1993. Artículo 36. Los colombianos hasta los 50 años de edad, están obligados a definir su situación militar. No obstante, las entidades públicas o privadas no podrán exigir a los particulares la presentación de la libreta militar, correspondiéndoles a éstas la verificación del cumplimiento de esta obligación en coordinación con la autoridad militar competente únicamente para los siguientes efectos: a. Celebrar contratos con cualquier entidad pública; b. Ingresar a la carrera administrativa; y c. Tomar posesión de cargos públicos.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad e igualdad. El Tribunal ha pasado de tener una visión restringida e indivisible de la identidad de género y la orientación sexual como conceptos objetivos asociados a la *naturaleza física de las personas*, a verlos como dos categorías constitucionales separadas que deben ser protegidas. Esta perspectiva es asegurada por las garantías de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en temas como la protección contra la discriminación, la identidad civil, el acceso a los servicios de salud necesarios para el tránsito de género y la exigibilidad de la libreta militar para contratar con el Estado. Sin embargo, sólo hay un caso sobre libreta militar correspondiente a la inaplicación de la norma que la exige para contratar con el Estado, pero no se ha pronunciado sobre si las mujeres transexuales deben tramitar la libreta militar, como quiera que la norma sobre la materia¹⁹⁸ establece que dicha obligación recae exclusivamente sobre los hombres.

Hechas estas precisiones jurisprudenciales sobre la protección de la orientación sexual y la identidad de género, la Sala reconstruirá el marco constitucional y legal del servicio militar obligatorio en Colombia a fin de mostrar los contrastes entre los panoramas jurisprudencial y legal en materia de protección de hombres y mujeres transexuales.

Marco Constitucional y Legal del Servicio Militar Obligatorio en Colombia. Reiteración Jurisprudencial

87. Aunque la Constitución de 1991 no contiene expresamente una cláusula que imponga el servicio militar obligatorio, el artículo 216 de la Carta consagra que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones. Igualmente, el artículo señala que la ley determinará las condiciones que en todo momento eximen a los ciudadanos del servicio militar y las prerrogativas para prestar el mismo. De una lectura sistemática con otros principios de la Carta Política, este Tribunal ha entendido que esta norma justifica desde el punto de vista constitucional la conscripción en Colombia:

¹⁹⁸ Congreso de la República. Ley 48 de 1993. Artículo 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.

Parágrafo. 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.

“(…) resulta indudable que, a menos que se configure una de las causales legales de exención, la prestación del servicio militar corresponde a un deber ineludible de la persona, que tiene su fundamento en el principio constitucional de prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.) y que se exige a los nacionales como expresión concreta de la obligación genérica, a todos impuesta, de cumplir la Constitución y las leyes (artículos 4º, inciso 2º, y 95 C.P.). Este último precepto ordena a las personas, de manera específica, el respeto y apoyo a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales”¹⁹⁹.

De igual manera, la Corte ha señalado que la propia Constitución impuso a los ciudadanos obligaciones genéricas y específicas con respecto a la fuerza pública. De manera general, se encuentra la obligación de apoyar a las autoridades en el mantenimiento del orden público y la integridad del territorio. Para el Tribunal, este deber coincide con una finalidad constitucional propia de las Fuerzas Armadas, que no es otra que la de preservar la paz social, de suerte que los ciudadanos no pueden quedar desprovistos del cumplimiento de las obligaciones expresas que impone la Constitución y la ley sobre la materia²⁰⁰.

88. Ahora bien, esta Corporación ha encontrado que las normas sobre reclutamiento obligatorio se ajustan a los fines esenciales del Estado, con todo, le ha impuesto límites claros²⁰¹ a ese criterio maximalista asociado a la obligación que tienen todos los varones de prestar el servicio militar y que se encuentra contenida en las normas transcritas. En efecto, de una lectura armónica de los artículos 18²⁰² y 19²⁰³ CP en concordancia con el bloque de constitucionalidad, es posible concluir que se desprende una garantía de proteger la objeción de conciencia frente al servicio militar, incluso ante la ausencia de un desarrollo legislativo preciso sobre el tema:

¹⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-561/95. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

²⁰⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-511/94. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

²⁰¹ Ver, entre otras, sentencias T-218/10; T-018/12; y T-314/14.

²⁰² Constitución Política. Artículo 18. Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.

²⁰³ Constitución Política. Artículo 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla de forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.

“(…) si bien la garantía constitucional a partir de la cual es posible plantear objeciones de conciencia al cumplimiento de distintos deberes jurídicos, requiere un desarrollo legislativo, la ausencia del mismo no comporta la ineficacia del derecho, el cual, en su núcleo esencial, puede hacerse valer directamente con base en la Constitución. Pero las convicciones o creencias que den lugar a negarse a la prestación del servicio militar deben ser profundas, fijas y sinceras, para que sean de una entidad tal que realmente se encuentre amenazada la libertad de conciencia y de religión; No puede tratarse de convicciones o de creencias que tan sólo estén en el fuero interno y vivan allí, que no trasciendan a la acción”²⁰⁴.

89. Por otro lado, la gran mayoría de pronunciamientos que sobre la materia ha hecho el Tribunal Constitucional²⁰⁵ corresponde al ejercicio del control abstracto de constitucionalidad de la Ley 48 de 1993 que reglamentó el reclutamiento en el país. Entre las normas que la Sala quiere destacar en el presente caso, se encuentra el artículo 10 que establece quiénes son sujetos o destinatarios de la obligación de presentarse a las Fuerzas Armadas:

*Artículo 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.*

*Parágrafo. **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 (resaltado fuera del texto).*

Como puede observarse, las mujeres no tienen esta obligación, pero pueden vincularse de manera voluntaria.

²⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-728/09. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁰⁵ Ver, entre otras, las sentencias C-339/98; C-561/95; C-621/07; y C-755/08.

También es relevante el artículo 14 de la mencionada ley que establece la obligación general que tienen los ciudadanos de sexo masculino de definir la situación militar:

*Artículo 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 (resaltado fuera del texto)²⁰⁶.*

90. A su vez, el procedimiento concreto para que los ciudadanos puedan definir su situación militar está conformado por varias etapas²⁰⁷. Primero, es necesario que se inscriban ante el Distrito Militar respectivo. Una vez inscritos, serán sometidos a exámenes médicos con el fin de determinar su condición psicofísica para comprobar su aptitud para prestar el servicio. Posteriormente, los jóvenes considerados aptos pasan a un sorteo y así se eligen los que serán vinculados. Como uno de los últimos pasos, y de conformidad con el artículo 20 de la mencionada ley²⁰⁸, los conscriptos aptos elegidos se citan en el lugar, la fecha y la hora determinados por las autoridades de reclutamiento, con fines de selección e ingreso, lo que constituye su incorporación a las filas de las Fuerzas Armadas para prestar el servicio militar obligatorio. Finalmente, se clasifican aquellos que por una causal de exención, inhabilidad o falta de cupo hayan sido eximidos de la prestación del servicio.

²⁰⁶ La expresión subrayada fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-879/11 (Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto) bajo el entendido de que quien no haya cumplido la obligación de inscribirse para definir su situación militar, solo puede ser retenido de manera momentánea mientras se verifica tal situación y se inscribe, proceso que no requiere de ningún formalismo y que se agota precisamente con la inscripción, por lo tanto no puede implicar la conducción del ciudadano a cuarteles o distritos militares y su retención por autoridades militares por largos períodos de tiempo con el propósito no solo de obligarlo a inscribirse, sino de someterlo a exámenes y si resulta apto finalmente incorporarlo a filas.

²⁰⁷ Cfr. Presidencia de la República. Decreto 2048 de 1993 (octubre 11). “*Por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1993 sobre el servicio de reclutamiento y movilización*”.

²⁰⁸ Congreso de la República. Ley 48 de 1993. Artículo 20. Concentración e incorporación. Cumplidos los requisitos de ley, los conscriptos aptos elegidos se citan en el lugar, fecha y hora determinados por las autoridades de Reclutamiento, con fines de selección e ingreso, lo que constituye su incorporación a filas para la prestación del servicio militar

El cumplimiento de las referidas etapas contempladas en la ley -inscripción, primer examen, segundo examen, sorteo, concentración, incorporación y clasificación- así como de los requisitos previstos por las normas reglamentarias, constituyen los pasos que todos los varones deben cumplir para la expedición de la libreta militar.

91. Con base en lo anterior, es posible extraer una serie de reglas que conforman el marco constitucional y legal del servicio militar obligatorio en Colombia: i) la conscripción 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 ii) dicho mandato no es absoluto y la Corte ha reconocido límites al mismo mediante la ponderación de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia y de cultos; iii) la regulación legal sobre la materia señala expresamente que solo los hombres son destinatarios de la conscripción, no las mujeres ; y iv) 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 ha sido considerada constitucional.

Síntesis preliminar

92. La reconstrucción del estado actual de la conceptualización en materia de orientación sexual e identidad de género, de los estándares de protección en el DIDH, de las experiencias en el Derecho Comparado, y de los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los derechos fundamentales involucrados en la protección a las personas transexuales en general y en materia de servicio militar en particular, permite arribar a las siguientes conclusiones.

92.1. 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, 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.

92.2. El DIDH muestra una línea protectora clara frente a los transexuales en las generalidades y también en la resolución de casos concretos.

92.3. Los ejemplos de Derecho comparado 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 transsexuales sino la relevancia constitucional que el tema tiene en otros países. Por otro lado, también es claro que las discusiones globales no solo giran alrededor de la aplicabilidad o no de las normas de reclutamiento a las mujeres transgénero, aunque éstas estén dirigidas a hombres cisgénero, sino de 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.

92.4. En el escenario colombiano, los derechos involucrados en los procesos de definición y manifestación de la orientación sexual y la identidad de género han sido tratados de manera general y de manera específica. De manera genérica, la Corte Constitucional ha establecido que la dignidad humana es la autonomía de los sujetos para diseñar un plan de vida y determinarse según sus características; además, implica que los ciudadanos puedan vivir libres de cualquier tipo de ofensa. La dignidad tiene un nexo inescindible con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la identidad personal, potestades cuyo ejercicio trasciende el plano individual, por eso sus manifestaciones públicas deben ser objeto de protección sin perjuicio de los límites que imponen los derechos de los demás y el mantenimiento del orden. Generalmente, en estos escenarios de expresión de los derechos se presentan situaciones que pueden ser violatorias del derecho a la igualdad debido a eventuales reacciones discriminatorias.

Para determinar si se presenta o no una violación del derecho a la igualdad deben establecerse parámetros relacionales que identifiquen los términos de la comparación y la legitimidad de las razones que justifican el trato diferenciado. Uno de los dispositivos de análisis para verificar la existencia y legitimidad de un trato desigual es el juicio integrado de igualdad. Cuando se trata de categorías como el género o la orientación sexual, el test deberá ser estricto. En efecto, este tipo de escrutinio procede ante criterios sospechosos -por ejemplo los prohibidos expresamente por la Constitución- y exigen una racionalidad indiscutible en la justificación de las medidas desiguales. Por eso impone un estudio de los fines perseguidos y de los medios utilizados: el fin buscado debe ser imperioso; el medio debe ser necesario -es decir que no puede ser remplazado por otro menos lesivo-; y la relación ente el medio y el fin debe mostrar que los beneficios de adoptar la medida diferenciada exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

92.5. La Corte ha desarrollado un enfoque diferencial frente al alcance de los derechos fundamentales a la dignidad, a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad. El Tribunal ha pasado de tener una visión restringida de la identidad de género y la orientación sexual como conceptos físicos, a verlas como dos categorías constitucionales separadas que deben ser protegidas. Esta perspectiva ha sido aplicada en temas como la prohibición de la discriminación, la identidad civil, el acceso a los servicios de salud necesarios para el tránsito de género y la exigibilidad de la libreta militar para contratar con el Estado. Con todo, no se ha pronunciado aún sobre si las mujeres transexuales deben tramitar la libreta militar, pues la ley determina que dicha obligación recae exclusivamente sobre los varones.

92.6. En efecto, el marco constitucional y legal del servicio militar obligatorio en Colombia determina que i) la conscripción protege varios fines constitucionales del Estado; ii) no es un mandato absoluto y por eso procede la objeción de conciencia; iii) solo los hombres son destinatarios de la conscripción, no las mujeres ; y iv) para la expedición de la libreta militar, los ciudadanos son sometidos a un proceso que implica una restricción a los derechos fundamentales y que ha sido considerada constitucional.

Con base en estos elementos, la Sala entra al análisis del caso concreto en que se debate la eventual violación de los derechos fundamentales de una mujer transexual, en precaria condición económica, portadora del virus de inmunodeficiencia humana, desplazada por la violencia, a quien las autoridades de reclutamiento le exigen el pago de una multa para expedir su libreta militar, bajo la hipótesis de una presentación extemporánea ante la institución castrense.

Análisis del caso concreto

93. La ciudadana Gina Hoyos Gallego presentó acción de tutela contra el Ejército Nacional y otras entidades por considerar que las actuaciones de las autoridades demandadas vulneraron varios de sus derechos fundamentales. Particularmente, alegó que el requisito consistente en pagar una multa por presentación extemporánea ante las autoridades militares, como condición para recibir la libreta militar, vulneró sus derechos a la dignidad, a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad.

Para abordar el caso, la Sala primero analizará si se vulneraron los derechos a la dignidad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de la accionante. Después, determinará una eventual violación a la igualdad por medio de la aplicación del juicio integrado. Para ello tendrá en cuenta el

nutrido material probatorio, los parámetros conceptuales sobre las definiciones en la materia, el estándar de protección del DIDH, los aportes de la experiencia comparada y sus propios precedentes en materia de orientación sexual, identidad de género y servicio militar.

Adicionalmente, y como consecuencia de los hechos que la Corte ha constatado en este proceso, determinará algunas breves recomendaciones sobre la situación estructural de los hombres y mujeres transexuales teniendo en cuenta que, como lo indicó el Ministerio del Interior, actualmente el Gobierno Nacional considera la posibilidad de tramitar un proyecto de Ley de Identidad de Género que reconozca y atienda a este grupo poblacional.

Antes de examinar las eventuales violaciones, la Sala determinará el cumplimiento de las causales de procedencia de la acción en el caso concreto.

Se han cumplido los requisitos de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

94. La Sala determinará si, *prima facie*, existió o no una vulneración a los derechos fundamentales de la Señora Gina Hoyos Gallego. Luego, verificará si además existe un riesgo inminente de otras violaciones. Por último, comprobará si existe un medio judicial ordinario de defensa que resulte adecuado e idóneo en el caso concreto.

95. A primera vista, la Corte considera que los derechos a la dignidad, a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad fueron vulnerados por la actuación de las autoridades accionadas. En efecto, la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional le aplicó a la señora Hoyos una norma que tiene como destinatarios a los varones, a pesar de que ella manifestó ser una mujer transexual.

Para la Sala resulta incuestionable que la violación ya se ha materializado, toda vez que la actora fue sometida a un trato denigrante por parte de las autoridades militares, además el daño puede proyectarse en otros derechos, por ejemplo, el no tener libreta militar o aparecer en ella como un hombre puede incidir notablemente en sus posibilidades de acceder a un trabajo en condiciones dignas, sin mencionar todos los eventuales escenarios discriminatorios a los que está expuesta la Sra. Hoyos a raíz de la actuación de los demandados.

96. En cuanto a los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, la Sala advierte que en el presente caso debe hacerse una interpretación menos rigurosa debido al estado de indefensión en el que se encuentra la accionante. Efectivamente la señora Hoyos hace parte de una minoría sexual que ha sufrido discriminación de manera sistemática y sostenida, es víctima de la violencia, portadora del VIH y es una mujer de escasos recursos. Todo esto hace que la Sala reconozca que la señora Gina Hoyos Gallego es un sujeto de especial protección constitucional. Por lo tanto, el Tribunal evaluará las reglas especiales de procedencia de la tutela contra los actos administrativos de una manera acorde a esta circunstancia de alta vulnerabilidad.

La Sala considera que, aunque existen otros mecanismos para atacar el acto administrativo que impuso la multa, ni la acción de nulidad simple ni la de nulidad y restablecimiento del derecho son procedentes por dos razones. Por un lado, como lo señala el procedimiento administrativo, para acudir a esta vía la peticionaria debe agotar primero la actuación administrativa²⁰⁹, es decir debe ejercer y presentar los recursos de reposición y apelación contra el acto que le impuso la multa por la presentación extemporánea para definir su situación militar ante la autoridad que tomó dicha decisión y, posteriormente, su superior jerárquico. Esto hace que, antes de acudir a las instancias judiciales, la peticionaria deba agotar un mecanismo previo ante la misma autoridad que está vulnerando sus derechos y su superior directo, lo que la expone a escenarios de vulnerabilidad y posible discriminación. Por lo tanto, argumentar que las acciones ordinarias son los mecanismos ideales de defensa en este caso significaría someter a la actora a una situación evidente y permanente de indefensión.

97. Por otra parte, la Sala considera que, a pesar del fallo de instancia que ordena que la libreta le sea entregada sin que tenga que pagar la multa, con lo cual podría alegarse que el daño ha cesado, subsiste la amenaza seria de eventuales perjuicios irremediables. El hecho de que a la peticionaria se le apliquen indebidamente las obligaciones legales que se derivan de la Ley 48 de 1993 no solo generó un daño sino que configura una violación continua, evidente y manifiesta de sus derechos fundamentales que además tiene la capacidad de proyectar sus efectos en otras violaciones debido a la negación de su identidad de género.

²⁰⁹ El nuevo Código de Procedimiento Administrativo (Ley 1437 de 2011) modificó la denominación tradicional de vía gubernativa por la de actuación administrativa. Sin embargo, sigue siendo una regla de procedibilidad para presentar cualquier medida de control (como las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho) ante la justicia contenciosa administrativa (artículos 76 y 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Con base en estas circunstancias, la Sala considera que la tutela es el mecanismo principal, idóneo y eficaz de protección constitucional.

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

98. A partir de la dogmática general de los derechos a la dignidad, a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, la Sala concluye que las autoridades desconocieron abiertamente los alcances y contenidos de estos derechos. En efecto, no se observa esfuerzo alguno por parte de las autoridades involucradas en la tutela -especialmente el Ejército Nacional- por aplicar un enfoque diferencial que tuviera en cuenta la identidad de género de la señora Gina Hoyos Gallego y la forma como ella misma claramente se autoreferencia como mujer. La peticionaria fue sometida a una serie de procedimientos administrativos (la convocatoria a un Distrito Militar, la imposición de una multa, entre otros) que constituyeron acciones que atentaron contra su dignidad, ya que desconocieron la manera como la accionante se define a sí misma en términos identitarios, invisibilizaron su autonomía para determinarse y manifestarse según su plan de vida, generaron situaciones humillantes y ofensivas. Sin duda, la señora Hoyos sufrió un trato denigrante al ser tratada de manera sistemática como si fuera un hombre a pesar de ser mujer.

Sin embargo, aunque la demandante se autoreconoce como mujer, sus documentos de identidad aún conservan un nombre y sexo masculinos. Tal situación podría ser confusa para el Ejército, pues efectivamente adelantaron diligencias para regularizar la situación de alguien identificado como varón, que, en principio, debió presentarse ante las autoridades castrenses hace varios años, según lo establecido en la Ley 48 de 1993. No obstante, cuando la demandante se presentó ante el estamento militar correspondiente, era posible para los accionados notar su condición de mujer, la misma que ella ha manifestado desde hace mucho tiempo. De hecho, el escrito extemporáneo de impugnación suscrito por el Ejército afirmó que la apariencia y manifestación identitaria de la señora Hoyos no fueron elementos relevantes para la entidad, lo importante fueron sus documentos que, en opinión del ente demandado, la definían como un varón. La demandante fue tratada como si fuera un varón, expuesta constantemente a espacios que la hacían aún más vulnerable a la discriminación que ha padecido sistemáticamente a lo largo de su vida.

La negación de su condición de mujer por parte del Ejército, que la trató como si fuera un hombre, con base en el argumento de que los documentos de identidad son la única forma para definir el género de una persona para afectos

de atribuir consecuencias jurídicas -como el cobro de la multa por extemporaneidad en la presentación de la actora ante las autoridades militares- constituyen un tratamiento indigno, violatorio de los derechos a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad.

Efectivamente, 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 excluir de ciertas consecuencias jurídicas. Cualquier actuación judicial o administrativa debe aceptar que el reconocimiento pleno de estos derechos está ligado a la posibilidad de que las personas puedan expresar plenamente su sexualidad y que la misma no puede ser objeto de invisibilización o reproche, especialmente por el Estado, que tiene un deber cualificado de protección. Esto implica un deber de respeto y garantía frente a la dignidad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos transgénero. Tales obligaciones vinculan a todas las autoridades del Estado y su inobservancia puede acarrear consecuencias disciplinarias o penales según sea el caso.

99. Cabe anotar que, además de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos transexuales, la simple declaración de la identidad de género parte de la presunción de buena fe consagrada en el artículo 83 de la Carta que reza así: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”*. Si bien es posible que personas inescrupulosas intenten incumplir sus obligaciones constitucionales por medio de declaraciones falsas sobre su identidad de género, también lo es que en caso de evidenciarse una actuación contraria la buena fe que transgreda el ordenamiento jurídico, las autoridades públicas y los particulares tienen el deber de denunciarlas para que sobre sus actores recaiga todo el peso de la ley, incluidas las consecuencias penales aplicables.

100. Con base en estas consideraciones, y aunque quiere reconocer el juicioso análisis hecho por el juez de instancia, la Sala no puede llegar a la misma conclusión a la que éste llegó en su sentencia. 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 mujer²¹⁰.

Sin embargo, la Sala mantendrá la vigencia de las órdenes que el juez dictó con respecto a la ayuda humanitaria y a la reparación integral a las que tiene derecho la actora como víctima de la violencia. Igualmente, dejará claro que la señora Hoyos Gallego 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.

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

101. En el presente caso, la Sala observa que la norma utilizada por el Ejército para justificar los trámites y la sanción administrativa que le impusieron a la peticionaria -la Ley 48 de 1993- tiene como destinatarios a los varones, quienes están obligados a presentarse ante las autoridades militares para regularizar su situación, proceso en el cual, bajo ciertas condiciones, pueden ser seleccionados para prestar el servicio. Sin embargo, en el caso de las mujeres, la normatividad prevé que podrán prestar el servicio militar de manera voluntaria, salvo cuando el Gobierno Nacional determine lo contrario por razones de interés nacional. En ese sentido, los destinatarios de la obligación, en tiempos de paz, son los varones; por lo tanto, este imperativo no está dirigida a las mujeres.

²¹⁰ Frente a la petición de condena en abstracto elevada por la peticionaria la Sala encuentra que las consideraciones del juez de única instancia fueron apropiadas por lo que confirmará su decisión en ese punto.

En este caso, la señora Hoyos Gallego, a pesar de ser mujer, fue sometida a los trámites administrativos que debería cumplir un hombre para regularizar su situación. La actuación del Ejército hace posible suponer que la entidad considera que es legítimo tratar de manera distinta a dos grupos de mujeres: a las mujeres cisgénero -pues no las considera destinatarias de la norma- y las mujeres transgénero, a quienes considera vinculadas por la misma, pues probablemente las clasifique como varones. En efecto, la demandante fue obligada a presentarse ante un Distrito Militar y la Dirección de Reclutamiento y Control de reservas del Ejército Nacional le impuso una sanción por su “*presentación extemporánea*”.

102. Para la Sala, la diferenciación realizada por el Ejército entre mujeres cisgénero y transgénero se basa en un criterio sospechoso: la identidad de género de la accionante. En efecto, el artículo 13 CP establece que “*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.*” (Resaltado fuera del texto). La interpretación del concepto “sexo” deberá considerar su relación con la identidad de género y por eso no cabe duda de que se trata de una categoría de distinción proscrita por nuestra Constitución. Cualquier actuación basada en ese criterio, en principio, debe ser evaluada por medio de un juicio estricto de igualdad²¹¹ para establecer si se presentó un evento discriminatorio.

En este caso, la actuación del Ejército no supera el primer paso del test. En efecto, no es posible encontrar un fin imperioso que justifique el tratamiento diferenciado dado a la actora quien, a diferencia de las mujeres cisgénero, fue compelida a cumplir obligaciones propias de los varones en cuanto a la regularización de la situación militar y al pago de la multa por extemporaneidad. La justificación que dio el Ejército para su actuación se refirió al nombre legal de la demandante y a la supuesta desigualdad que generaría entregar gratuitamente la libreta militar a la señora Hoyos, con respecto a otros individuos de grupos minoritarios que sí adelantan los trámites correspondientes, por ejemplo las víctimas de la violencia, los desmovilizados, indígenas y discapacitados.

Sin embargo, la autoridad militar no estableció los términos de la comparación de manera adecuada. En efecto, no se trata de comparar a la señora Gina Hoyos Gallego con otros varones, ella es una mujer, no

²¹¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-015/14. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

comparable con los hombres para estos efectos, debe ser comparada con otras mujeres, pues lo contrario sería discriminatorio. Además, el ejército ignoró que la identidad de género no necesariamente se corresponde con la identidad legal. Tanto la identidad de género como la orientación sexual son conceptos complejos, en constante transformación, cuyo dinamismo corresponde a la experiencia individual y a la forma en la que cada sujeto se apropia de su sexualidad.

103. Aunque hubiera dudas derivadas de una contradicción identitaria entre los documentos y el sujeto que indujo a confusión a las autoridades castrenses, no cabe la incertidumbre si se reconoce que solamente cada persona, según su vivencia y su proyecto de vida, tiene el poder y el derecho de decidir sobre la interacción y expresión de su identidad de género y orientación sexual. Tal concepción responde al estado actual de la discusión en la materia y a los estándares de protección del DIDH. Además, coincide con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en la materia. Por lo tanto, para esta Sala resulta inadmisibile la actuación de la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional. Además la Sala enfatiza, teniendo en cuenta que no existe un mecanismo expedito y razonable que permita a las personas cambiar de sexo en sus documentos oficiales, en que era suficiente la sola declaración de la actora que afirmó su identidad de género como la de una mujer transexual. Por lo tanto, las autoridades militares tampoco podían haberle solicitado, bajo ninguna circunstancia, una declaración judicial, notarial o médica para demostrar su condición de mujer transexual que, como tal, no es destinataria de la obligación de prestar 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.

104. En suma, la Sala confirmará parcialmente la decisión del 5 de agosto de 2014, proferida por la Sala Civil Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en lo que se refiere al amparo de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana e igualdad de la señora Gina Hoyos Gallego, pero por las razones expuestas en esta providencia.

De otro lado revocará el numeral segundo de la parte resolutive del mismo fallo y, en su lugar, ordenará al Ejército Nacional que suspenda toda actuación

encaminada a la entrega de la libreta militar a Hernando Hoyos Gallego, pues, en realidad se trata de la Señora Gina Hoyos Gallego, mujer transgénero que no es destinataria de las normas sobre reclutamiento y servicio militar obligatorio dirigidas a varones, contenidas en la Ley 48 de 1993. Adicionalmente confirmará las demás órdenes de la citada providencia.

De la misma manera, esta Sala invitará a que algunas entidades públicas que trabajan en la reivindicación de los derechos de la comunidad transgénero en particular y LGBTI en general, acompañen a la peticionaria como medida de garantía de efectividad del presente fallo e informen a la comunidad en general sobre sus alcances.

Por último, la Sala instará al Ministerio de Defensa y al Comando General de las Fuerzas Armadas a que desarrollen un protocolo que garantice que las mujeres transexuales no sean citadas en los distritos militares; si eso ocurre debido a confusiones derivadas de sus documentos de identidad, las autoridades militares deberán actuar teniendo en cuenta que son mujeres, no destinatarias de la obligación, y que identificarse como tales es suficiente para mostrar su identidad de género ante cualquier autoridad castrense. Por tanto, están proscritos todos los métodos o procedimientos que vulneren la dignidad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad de estas ciudadanas a fin de “demostrar” la orientación sexual o la identidad de género.

105. Por otra parte, la Sala toma nota de la situación estructural de discriminación²¹² que sufren las personas transexuales, puesta de presente por las intervenciones hechas a lo largo de este proceso. Para la Corte, resulta alarmante que en las actuaciones de las autoridades persista la invisibilización de las personas transexuales y el objetivo de mantener categorías anacrónicas y denigrantes para “normalizar” a estos individuos en desmedro de sus derechos. La idea de que la identidad de género y la orientación sexual deben ser sometidas a un escrutinio público y médico es inaceptable desde el punto de vista constitucional. No es admisible, bajo ninguna circunstancia, que los

²¹² Frente a este tipo de situaciones, la doctrina de los derechos ha desarrollado el concepto de *discriminación interseccional* para referirse a casos donde varios factores confluyen para generar un trato desigual sobre una persona o un grupo poblacional determinado. En esta oportunidad, los informes que se presentaron a la Sala dan cuenta de que la población transgénero no solo se enfrenta a un trato abiertamente discriminatorio en razón de su identidad de género sino también por la enorme vulnerabilidad socioeconómica y de salud que padecen estas personas. Así, estos ciudadanos se ven expuestos a enormes obstáculos para acceder a servicios de salud adecuados y a obtener trabajos dignos que les permita desarrollar plenamente el plan de vida que libremente escojan. Para una mayor claridad frente a la implementación de la *discriminación interseccional* como un estándar judicial se recomienda ver las decisiones del Comité de la CEDAW en los casos a Ángela González c. España y Beauty Solomon c. España.

derechos fundamentales de estos ciudadanos -en particular la dignidad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad- constantemente se vean invadidos por acciones que pretenden patologizar las expresiones asociadas a sus esferas más íntimas y privadas. Aunque los efectos del presente fallo solo se extienden al caso concreto y a otros de igual naturaleza²¹³, la Sala realizará algunas consideraciones frente a los obstáculos que constantemente tienen que enfrentar las mujeres y hombres transexuales para reivindicar su derecho a la identidad de género.

Los niveles de discriminación contra los transexuales son críticos. La población transexual afronta múltiples barreras que impiden la plena realización de sus derechos fundamentales. Aunque este no es el escenario para desarrollarlos exhaustivamente, la Sala menciona a manera de ejemplo, los siguientes: (i) los cambios de nombre y sexo en los documentos de registro civil e identificación; (ii) la consideración de las mujeres transgénero como hombres -exigencia de libreta militar para efectos de regularización o de acceso a un empleo, edad de pensión, atención en salud, lugares y condiciones de reclusión-; (iii) las dificultades para el acceso al sistema de salud, las mínimas posibilidades de obtener un trabajo en condiciones dignas y justas; el ingreso y permanencia en el sistema educativo; entre muchos otros obstáculos que se refuerzan por los estereotipos discriminatorios y la desinformación de autoridades y particulares.

106. Ya que el Ministerio del Interior manifestó que espera presentar un proyecto de Ley de Identidad de Género prontamente, esta Sala se permite adoptar las siguientes decisiones.

La Sala instará al Ministerio del Interior a que, si no lo ha hecho todavía, incorpore en el mencionado proyecto de Ley de Identidad de Género, algunas disposiciones encaminadas a diseñar un protocolo efectivo de cambio de identidad y de sexo en los documentos oficiales para los ciudadanos transgénero con pleno respeto a sus derechos²¹⁴, sin intromisiones físicas ni psiquiátricas que patologicen su opción sexual.

²¹³ Sobre los efectos de los fallos de tutela ver, entre otras, sentencias T-383/93; T-138/98; T-643/98; T-105/02; y T-187/02;

²¹⁴ En este punto, y como lo advirtieron Colombia Diversa y PAIIS en los anexos de su intervención conjunta, las reformas emprendidas por países como España, Argentina, Uruguay, Australia e India y dirigidas a desarrollar instrumentos expeditos y no invasivos de la dignidad para el cambio de identidad son parámetros que pueden ser tenidos en cuenta, entre otros, para diseñar el proyecto de Ley de Identidad de Género (folios 120-124; cuaderno auxiliar).

107. Del mismo modo, se exhortará al Congreso de la República para que expida normas sobre la materia, toda vez que la omisión de legislar sobre el tema ha perpetuado un parámetro de exclusión que ha sometido a las mujeres y hombres que transitan entre géneros a constantes tratos denigrantes y crueles, como fue documentado a lo largo de este proceso.

La ausencia de un mecanismo de modificación de los registros oficiales que valide el cambio de género e identidad a partir de la sola manifestación del ciudadano transgénero, desconoce su dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad entre otros derechos fundamentales. Como la Sala lo destacó, la identidad de género y la orientación sexual son manifestaciones legítimas de la persona y como tales deben ser protegidas activamente por las autoridades públicas sin recurrir a mecanismos vejatorios como las revisiones físicas. Cualquier mecanismo deberá garantizar un cambio expedito y respetuoso de los documentos de registro e identificación oficiales cuando las personas transexuales lo decidan.

La Sala insiste, como ya lo ha hecho en anteriores oportunidades²¹⁵, que cualquier procedimiento de jurisdicción voluntaria, evaluación médica o que requiera de validación notarial para cambiar la identidad o el sexo en un documento oficial (como el registro civil) parte de un reprochable estereotipo que plantea que la transexualidad es una patología que debe ser estudiada y verificada por un tercero.

108. Se ordenará al Ministerio de Defensa diseñar e implementar un protocolo de admisión de hombres transexuales –quienes en principio estarían en la obligación de prestar el servicio militar- y de mujeres transexuales que, de manera voluntaria, aspiren a entrar a las Fuerzas Armadas. Este documento deberá garantizar el derecho de estos ciudadanos a no ser discriminados en razón de su identidad de género u orientación sexual.

109. De manera adicional, se invitará a algunas autoridades involucradas en la defensa de los derechos de las personas transexuales para ayuden a difundir esta providencia toda la comunidad LGBTI.

110. Por último, la Sala le solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura²¹⁶ que distribuya, de la manera más expedita posible,

²¹⁵ Op. Cit. Sentencia T-314/11.

²¹⁶ La Sala quiere reiterar, como lo hizo en la ya citada sentencia T-808/14, la importancia que tiene para la actividad de los jueces de tutela realizar esfuerzos para desarrollar módulos de enseñanza judicial acerca de

esta sentencia en todos los despachos judiciales del país con el fin de que los jueces conozcan y apliquen este precedente que establece que las mujeres transexuales que se autoreferencian como tales no son destinatarias de las normas que regulan el servicio militar obligatorio en Colombia. En efecto, cuando se trate de casos que involucren la identidad de género y la orientación sexual, es imperativo reconocer que se trata de categorías dinámicas y en constante transformación que son parte inherente de los seres humanos. Los jueces tienen la responsabilidad de, no solo entender las diferencias y las relaciones entre estos dos conceptos, sino de integrarlos a una práctica sostenida dirigida al reconocimiento pleno de la capacidad que tienen los ciudadanos de definir, en la manera y el momento que consideren oportunos, su sexualidad.

Conclusión

111. La Sala concluye que la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional violó los derechos fundamentales de la actora por hacerla destinataria de la Ley 48 de 1993 como a un varón –tal como la identifican sus documentos- a pesar de que ella se reconoce a sí misma como una mujer transexual. En ese sentido no era procedente condicionar la expedición de su libreta militar al pago de una multa por no haberse presentado a regularizar su situación militar en tiempo. Efectivamente, la señora Gina Hoyos Gallego, en su condición de mujer transexual, no es destinataria de una norma dirigida a los varones colombianos, a pesar de que el nombre y género que aparecen en sus documentos de identidad sean masculinos. Sin duda, la identidad de género y la orientación sexual son conceptos altamente complejos, no se definen con base en un elemento aislado –como por ejemplo el nombre- y por ser una parte inherente de las personas, todo trato basado en los mismos es particularmente delicado y merece el máximo respeto. Ante posibles contradicciones entre los documentos oficiales y la identidad de género, la única forma digna para establecer esta última es manifestación de la auto percepción.

Exigirle a la señora Hoyos que obrara como destinataria de las normas sobre servicio militar constituye un trato discriminatorio, ya que por ser una mujer transexual es tratada de manera distinta con respecto a las mujeres cisgénero. En efecto, en este caso se pudo constatar que no existía ninguna justificación constitucional para que la demandante fuera tratada de forma diferente por ser transexual, de hecho, ese tratamiento se fundó en un criterio sospechoso de distinción -la identidad de género- y no expuso razones que explicaran el carácter imperioso del trato diferenciado. Los argumentos esgrimidos por las autoridades (como el del nombre legal masculino) son insuficientes, especialmente en un contexto en el que el cambio de nombre e identidad de una persona transexual es gravoso en términos económicos, es indigno y discriminatorio. Por tanto el cambio de nombre y sexo en los documentos de identidad no es –en las condiciones actuales- una carga exigible para una mujer transexual que, adicionalmente, se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta por pertenecer una minoría por su orientación sexual, ser víctima del conflicto armado, ser portadora del VIH y tener graves problemas económicos.

III. DECISIÓN

las diferencias entre la identidad de género y la orientación sexual de las personas y la manera como cada una de estas categorías son exigibles desde el punto de vista de la protección constitucional de los derechos fundamentales.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretado para decidir el presente asunto.

Segundo.- CONFIRMAR parcialmente la decisión proferida por la Sala Civil Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que, en providencia del 5 de agosto de 2014, amparó los derechos al libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana e igualdad de Gina Hoyos Gallego, pero por las razones expuestas en el presente fallo.

Tercero.- REVOCAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida por la Sala Civil Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. En su lugar, **ORDENAR** a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, suspenda toda actuación administrativa tendiente a la entrega de la libreta militar a la señora Gina Hoyos Gallego en el entendido de que ella, como mujer transgénero, no es destinataria de las normas sobre reclutamiento y servicio militar obligatorio de la Ley 48 de 1993.

Cuarto.- CONFIRMAR las demás órdenes proferidas por la Sala Civil Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su sentencia del 5 de agosto de 2014.

Quinto.- INVITAR a la Defensoría Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo y a la Dirección de Diversidad Sexual de la Secretaría de Planeación de Bogotá, a que acompañen a la señora Gina Hoyos Gallego en el cumplimiento del presente fallo.

Sexto.- ORDENAR al Ministerio de Defensa y al Comando General de las Fuerzas Armadas que, en un plazo máximo de dos (2) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, 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, en los términos señalados en esta providencia. Del mismo modo, deberá incluirse un mecanismo para el reclutamiento de los hombres transexuales que puedan ser sujetos de la Ley 48 de 1993 y deberá considerarse la posibilidad de que las mujeres transexuales gocen de garantías suficientes para prestar el servicio militar, cuando voluntariamente lo decidan, tal como les es permitido por la Ley.

Séptimo.- INSTAR al Ministerio del Interior a que, dentro del proceso de política pública que viene desarrollando para la presentación de un proyecto de Ley de Identidad de Género, incluya propuestas tendientes a remover los obstáculos que las personas transgénero tienen que enfrentar para la modificación de su identidad o de su sexo en los documentos de identidad y de registro civil. Particularmente, se recomienda incorporar mecanismos que: i) hagan posibles los cambios de sexo y nombre en los documentos de identidad y en el registro civil, con la simple declaración de parte ante notario público rendida por la persona que se autoreferencia como hombre o mujer transexual; ii) introduzcan la posibilidad de que las personas puedan no reconocerse a sí mismas dentro de alguno de los sexos binarios (masculino o femenino) con la incorporación de un sexo indeterminado en los documentos oficiales; iii) proscriban cualquier procedimiento judicial, notarial o médico que implique que las personas transexuales deban someterse a prácticas violatorias de su derecho a la dignidad humana e invasivas de su privacidad, intimidad y autonomía.

Octavo.- EXHORTAR 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.

Noveno.- INSTAR a la Defensoría Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo y a la Dirección de Diversidad Sexual de la Secretaría de Planeación de Bogotá a que, en los procesos de acompañamiento a la población transexual que actualmente dirigen, informen de esta sentencia, particularmente en lo que respecta a que las mujeres transgénero no son destinatarias de la obligación de prestar el servicio militar,

no deben tramitar la libreta militar y su sola declaración de autoreconocimiento basta para que sean consideradas mujeres transexuales.

Décimo.- SOLICITAR a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, difundir por el medio más expedito posible esta sentencia a todos los despachos judiciales del país, para que apliquen un enfoque diferencial que tenga en cuenta la protección constitucional de la identidad de género y la orientación sexual frente a prohibición de obligar a prestar el servicio militar a las mujeres transexuales.

Décimo primero.- Por Secretaría General, **LIBRAR** la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con aclaración de voto

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
A LA SENTENCIA T-099/15**

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Marco normativo
(Aclaración de voto)

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-No existen parámetros para definir la situación militar de personas transgénero (Aclaración de voto)

No se evidencia vulneración o trato discriminatorio alguno por parte del Ejército, pues no existe un mecanismo determinado, al cual dicha entidad pueda acudir, que le indique que al presentarse una mujer transexual ante el Ejército, no deba aplicársele la normativa atinente al servicio militar obligatorio. Además de ello, no existe jurisprudencia específica al respecto que haya sido contrariada en este caso por las actuaciones de esa entidad. Por ello, no debió hacerse referencia a una violación por parte de la accionada, pues en realidad la entidad no tiene establecida, actualmente, una manera para lograr establecer la opción sexual de cada persona. Considero que debió hacerse referencia al trato que deben otorgar ciertas autoridades, como por ejemplo la Policía Nacional, a aquellas personas que actualmente, al identificarse como hombres en sus cédulas de ciudadanía, no tengan su tarjeta militar, por haber sido eximidas de la aplicación de la norma en cuestión. Es decir, si bien en la sentencia se indica que estas personas no son destinatarias de las normas del servicio militar obligatorio, y que el Ejército no debe citarlas para definir su situación militar, resulta imperioso preguntarse por los efectos o consecuencias que tiene esa orden en la práctica, debido a que una persona que es presentada como hombre en su cédula, debe contar con su libreta militar, ante los ojos de autoridades de policía, entre otras, en casos de requisas, retenes o situaciones similares.

Referencia: Expediente T-4.521.096

Magistrada ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Aclaro el voto en la ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, acogida por la mayoría de la Sala Quinta de Revisión porque, aunque estoy de acuerdo con lo decidido en cuanto a tutelar los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad de la accionante, considero que, respecto de la vulneración de los mismos, no puede afirmarse que lo que ocurrió en este caso fue una vulneración de tales derechos por parte del Ejército Nacional.

En efecto, era necesario indicar que en realidad la entidad accionada se basó, tal como debe hacerlo en todas las ocasiones, en la información que consta en la cédula y demás documentos de la actora, en los cuales se indica que se trata de un hombre y no de una mujer, y de esa forma, procedió a aplicar a la actora una norma concebida únicamente para varones.

Así, no se evidencia vulneración o trato discriminatorio alguno por parte del Ejército, pues tal y como se señaló en la sentencia, no existe un mecanismo determinado, al cual dicha entidad pueda acudir, que le indique que al presentarse una mujer transexual ante el Ejército, no deba aplicársele la normativa atinente al servicio militar obligatorio. Además de ello, no existe jurisprudencia específica al respecto que haya sido contrariada en este caso por las actuaciones de esa entidad. Por ello, no debió hacerse referencia a una violación por parte de la accionada, pues en realidad la entidad no tiene establecida, actualmente, una manera para lograr establecer la opción sexual de cada persona.

Por lo anterior, era importante explicar que el Ejército no tenía cómo conocer el hecho de que debe verificar, de manera previa, si se trata o no de una mujer transexual, ni de qué forma hacerlo o qué trato específico debe serle ofrecido a la persona en caso de serlo, específicamente en cuanto a la exigencia de la libreta militar.

Así, era de gran relevancia establecer que actualmente no existen parámetros a los cuáles deba acudir el Ejército en estos casos, pues cuando se trata de una persona que viste como mujer, pero en sus documentos de identidad es identificado como hombre, no resulta evidente para esa entidad qué trato debe proporcionarle en el sentido de exigirle prestar el servicio militar, como a un hombre, o si debe, por el contrario, y por la manera en que viste la persona, eximirlo de ello.

De tal manera, aun cuando no debió establecerse que se presentó una vulneración por parte del Ejército, en atención a las especiales circunstancias de la actora y para la realización de los derechos fundamentales a la igualdad, y al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, era necesario señalar que en los casos en los cuales el sexo no coincide con el sentir de la persona en ese aspecto, debe primar la garantía de dichos derechos.

Por lo expuesto, las razones que debieron tenerse en cuenta para conceder el amparo, no deben responder a que existió una vulneración específica de los derechos fundamentales de la accionante por parte del Ejército, sino a que, de manera general, en las hipótesis en las cuales una persona se reconozca como

mujer, habiendo nacido como hombre, la opción sexual de la persona es la que debe permanecer.

Adicionalmente, en lo atinente a la denuncia que, como lo expone la sentencia, deben presentar las autoridades cuando se trata de mala fé de los interesados, al afirmar de manera engañosa que son, o se sienten, mujeres transexuales con el fin de evadir la aplicación de la norma, debió tenerse en cuenta que ante las innumerables situaciones de posibles fraudes, es posible que las autoridades militares no conozcan qué determinaciones tomar o a qué mecanismos acudir para no vulnerar los derechos de las personas transgénero, y para no invadir su esfera íntima de forma arbitraria al momento de determinar un evento de mala fé.

Lo anterior por cuanto en la sentencia se indica que no es posible comprobar, objetivamente, la identidad de género de una persona, respetando su dignidad y sin llegar a una invasión desproporcionada a su intimidad y privacidad. Así, no resulta claro cómo puede llegar el Ejército, a comprobar si existe mala fé o no por parte de los interesados.

Finalmente, considero que debió hacerse referencia al trato que deben otorgar ciertas autoridades, como por ejemplo la Policía Nacional, a aquellas personas que actualmente, al identificarse como hombres en sus cédulas de ciudadanía, no tengan su tarjeta militar, por haber sido eximidas de la aplicación de la norma en cuestión. Es decir, si bien en la sentencia se indica que estas personas no son destinatarias de las normas del servicio militar obligatorio, y que el Ejército no debe citarlas para definir su situación militar, resulta imperioso preguntarse por los efectos o consecuencias que tiene esa orden en la práctica, debido a que una persona que es presentada como hombre en su cédula, debe contar con su libreta militar, ante los ojos de autoridades de policía, entre otras, en casos de requisas, retenes o situaciones similares.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a aclarar el voto con respecto a las consideraciones y la decisión que se adoptó en el asunto de la referencia.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado