

Protección del derecho a la identidad de género en el sistema penal: perspectivas y desafíos jurídicos

Protection of the Right to Gender Identity in the Criminal Justice System: Legal Perspectives and Challenges

Juan Camilo REYES ARDILA 

Universidad Nacional de Colombia

juancamiloreyesardila@gmail.com

<https://doi.org/10.14201/rspc.32146>

Artículo original, sin previa publicación

Fecha de recepción: 03/10/2024

Fecha de aceptación: 10/12/2024

Resumen

El presente estudio aborda el derecho fundamental a la identidad de género y cómo interactúa con los procedimientos de investigación penal en Colombia, con especial énfasis en la diligencia de registro

Abstract

The present study addresses the fundamental right to gender identity and how it interacts with criminal investigation procedures in Colombia, with special emphasis on body searches. It analyzes

corporal. Se analiza cómo la norma que exige que ese registro sea realizado por alguien del mismo sexo podría ser problemática para las personas cuya identidad de género no encaja en el sistema binario hombre-mujer. También se examinan los desafíos que esta situación plantea para la efectividad del sistema penal en la recolección de pruebas. En ese sentido, el estudio busca proponer pautas para equilibrar el respeto por los derechos de las personas con identidades de género diversas y las necesidades del sistema penal. Además, se hace una revisión del contenido y alcance del derecho a la identidad de género, así como su protección reforzada, a partir de lo cual, se aplica un análisis de proporcionalidad para verificar si la norma mencionada podría ser discriminatoria en su aplicación. A partir de allí, se expone una propuesta interpretativa que permita maximizar la protección de tal derecho en el ámbito del procedimiento penal.

Palabras clave: Identidad de género; Diversidad; Justicia penal; Registro personal; Juicio de proporcionalidad.

how the rule that requires such searches to be conducted by someone of the same sex could be problematic for individuals whose gender identity does not fit within the male-female binary system. The study also examines the challenges this situation poses for the effectiveness of the criminal justice system in collecting evidence. In this regard, the study seeks to propose guidelines to balance respect for the rights of people with diverse gender identities and the needs of the criminal justice system. Additionally, it reviews the content and scope of the right to gender identity, as well as its enhanced protection, and applies a proportionality analysis to assess whether the aforementioned rule could be discriminatory in its application. Based on this, an interpretative proposal is presented to maximize the protection of this right within the criminal procedure context.

Keywords: Gender identity; Diversity; Criminal justice; Body searches; Proportionality test.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El derecho fundamental a la identidad de género: reconocimiento en la jurisprudencia constitucional. 3. Protección constitucional reforzada y prohibición de discriminación de las identidades de género diversas. 4. La investigación penal y el derecho a la identidad de género. Alcance y límites del registro personal previsto en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004. 5. Sobre la exigencia que el registro personal sea practicado por una persona del mismo sexo. 6. Propuesta: la interpretación del artículo 248 de la Ley 906 de 2004 conforme a la Constitución. 7. Consideraciones finales. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Toda persona goza de autonomía para construir y exteriorizar su identidad, en un contexto donde la diversidad y la pluralidad enriquecen la evolución de la humanidad¹. En este escenario cada quien puede escoger libremente un proyecto de vida, desarrollarlo y expresarlo a plenitud, sin más limitaciones que las inherentes a la vida en

1. HARARI, Yuval Noah. *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Undécima reimpresión. Ciudad de México: Penguin Random House, 2017, pp. 53 y ss.

sociedad, lo que, desde luego, también abarca la manera en la que se experimenta el género². Las expresiones que se derivan de este último concepto merecen protección no solo por su relación intrínseca con la dignidad humana, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, sino por su relevancia para el proceso de construcción democrática de la sociedad, la cual, a su vez, se fortalece a partir de la interacción respetuosa y provechosa de varias apreciaciones sobre la vivencia individual y colectiva de cada sujeto. Todo esto se conjuga en el *derecho a la identidad de género*³, el cual supone reconocer que la construcción interna de cada individuo no se limita al concepto de «sexo» que es asignado clínicamente al nacer y que clasifica a los seres humanos en lo que tradicionalmente se ha entendido como «mujer» u «hombre», a partir de rasgos físicos, biológicos o comportamentales —que se asocian a lo «femenino» y lo «masculino» — como los genitales, la voz, el cabello, los movimientos, etc.⁴.

En Colombia, la justicia penal se ha identificado como un ámbito tradicional de vulneración de este derecho⁵, entre otras razones, por las intervenciones que desarrollan las autoridades durante la investigación y que comprometen la intimidad de las personas, en aras de recaudar pruebas para la etapa de juzgamiento. Este ámbito de afectación se torna particularmente intenso en diligencias como el *registro personal*⁶, entendido como aquella exploración corporal que, por orden del fiscal, se realiza sobre las personas, cuando hay motivos fundados para considerar que tiene en su poder elementos de convicción relevantes para la investigación⁷.

La norma que regula dicha actuación —el artículo 248 la Ley 906 de 2004—⁸ establece una singularidad en torno a quienes intervienen en ella, esto es, que: «[p] ara practicar este registro se designará a persona *del mismo sexo* de la que habrá de

2. GARCÍA-LEIVA, Patricia. Identidad de género: Modelos explicativos. *Escritos de Psicología*, septiembre, 2005, n.º 7, pp. 71-81, Málaga: Universidad de Málaga.

3. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-804 de 2014, T-063 de 2015, T-099 de 2015, T-077 de 2016 y T-363 de 2016.

4. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-440 de 2021.

5. GÓMEZ RESTREPO, Alejandro *et al.* *La realidad de la discriminación. Situación de derechos humanos de las personas LGBTIQ+ en Colombia*. Bogotá: Colombia Diversa, 2023. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-822 de 2005.

6. DAICH, Deborah y VARELA, Cecilia (Coords.). *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*. Buenos Aires: Biblos, 2020. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-822 de 2005 y C-789 de 2006. Al respecto, también puede revisarse la sentencia T-077 de 2016.

7. Artículo 248 la Ley 906 de 2004.

8. Esta norma dispone textualmente: «[S]alvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona. // Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor».

registrarse». Si se observa desde la perspectiva de la identidad de género, esta condición parece determinar diferentes dilemas en la aplicación de la norma y en la ejecución de esa clase de diligencias. A modo de ejemplo, adviértase que no toda persona puede identificarse con el sexo que socialmente le fue impuesto en virtud de características como las anotadas previamente —es decir, su experiencia de género no encaja en el sistema binario mujer-hombre, de modo que lo desarrolla de forma diversa al que se le asignó al nacer—⁹, y exigirle que coincida en ese aspecto con la autoridad que practicará el registro podría anular su autonomía para concebirse y proyectarse en ese ámbito. Entretanto, otra perspectiva sugiere que, en el registro personal, lo más relevante es garantizar la dignidad y la comodidad de quien es sometido a este¹⁰, de manera que resultaría deseable que haya coincidencia entre mujeres y hombres, considerando no solo las similitudes que advierten en su autopercepción corporal al momento de tener contacto con una persona con la que, *prima facie*, se asemejan en términos biológicos, sino la importancia de prevenir las violencias contra las mujeres en virtud de paradigmas patriarcales que pueden derivar en esquemas de dominación, si un hombre manipula el cuerpo de una mujer o viceversa¹¹.

Paralelamente, estas circunstancias se ven enfrentadas con el ineludible deber estatal de recaudar elementos de prueba para enjuiciar a quienes infringen el ordenamiento, el cual podría tornarse inoperante ante la imposibilidad de determinar la manera de desarrollar el registro personal sin comprometer el derecho a la identidad de género. En ese sentido, no debe perderse de vista que proteger los bienes jurídicos más relevantes para la comunidad y conservar la vigencia del ordenamiento jurídico son las principales finalidades de la justicia penal¹². Tampoco se debe olvidar que alcanzar estos propósitos es un imperativo que dota de legitimidad el control social que ejerce el Estado, a través de la coerción inherente a una sanción¹³. De allí que resulte problemático que una de las normas que regula el registro personal, como medio para el recaudo de las pruebas que permiten satisfacer las anteriores finalidades, dé lugar a diferentes aristas que no solo obstaculizan la labor del operador jurídico, sino que pueden traducirse en actos de discriminación para quienes no se identifican a partir de la concepción biológica del «sexo», en el marco de la aplicación de medidas que implican contacto corporal¹⁴.

9. También denominado “identidad cisgénero”. Cfr. CASTRO ORTIZ, Laura. *Derechos Fundamentales de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneros e Intersexuales (LGBTI) en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013.

10. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-822 de 2005.

11. GIRALDO, Octavio. El machismo como fenómeno psicocultural. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 1972, 4(3), Bogotá: Fundación Universitaria Konrad Lorenz, pp. 297 y ss.

12. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1998, 51(1-3), pp. 365-588.

13. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2006, p. 39. Al respecto, ver también: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

14. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-383 de 2022.

En ese contexto, mediante una metodología de análisis dogmático jurídico y de revisión documental y jurisprudencial¹⁵, el presente estudio busca desentrañar la manera en que se desenvuelve el derecho a la identidad de género en el marco de los procedimientos de investigación penal, haciendo especial énfasis en la diligencia de registro corporal, por el nivel de intensidad con el que puede comprometer la intimidad de las personas. Además, pretende establecer si la aplicación de una norma como la descrita desconoce el derecho a la igualdad de quienes tienen identidades de género diversas, en aras de proponer pautas de interpretación y aplicación que permitan equilibrar, por un lado, el respeto de los derechos de aquellos que son sometidos a ese tipo de diligencias y, por otro, las finalidades imperativas del sistema penal, relativas al ejercicio oportuno y eficaz de la potestad sancionadora del Estado.

Con ese propósito, se abordarán los siguientes temas: (i) el contenido y el alcance del derecho fundamental a la identidad de género de acuerdo con la jurisprudencia constitucional colombiana; (ii) el reconocimiento y la protección constitucional reforzada de las identidades de género diversas, y (iii) las características del registro personal y su alcance. Con fundamento en ello, (iv) se analizará la exigencia de que el registro personal sea practicado por una persona *del mismo sexo*, para lo cual, se aplicará el *juicio integrado de igualdad*¹⁶, tradicionalmente empleado en el ámbito constitucional colombiano, como mecanismo que adopta el principio de ponderación¹⁷ y que permitirá resolver la tensión planteada en líneas anteriores respecto del trato presuntamente discriminatorio se deriva de la aplicación de la categoría sexo a toda persona que es sometida al registro personal, sin reconocer a aquellos sujetos que no se autodeterminan dentro de los paradigmas de lo construido y concebido como femenino y masculino, en virtud de factores biológicos.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD DE GÉNERO: RECONOCIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Como se advirtió, toda persona puede escoger libremente un plan de vida, desarrollarlo y expresarlo a plenitud. Ello implica reconocer la importancia de la pluralidad, entendida como la apreciación y el respeto de la diferencia, en un contexto en el que convergen multiplicidad de capacidades, visiones y percepciones del mundo¹⁸. Todas

15. COURTIS, Christian. El Juego de los Juristas, ensayo de Caracterización de la Investigación Dogmática. En Courtis, Christian (Coord.). *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid, 2006, p. 105.

16. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando y ARMENTA ARIZA, Angélica. Igualdad, razonabilidad y género en los procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14(2), pp. 37-70.

17. BERNAL, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. *Doxa*, 2003, (26), p. 227.

18. Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-629 de 2017, T-444 de 2019 y T-033 de 2022.

ellas merecen igual protección en el marco de los fines y valores del Estado, de manera que se garantice su participación activa en el proceso de construcción democrática de la sociedad y que esta, a su vez, tenga la posibilidad de fortalecerse a partir de la interacción respetuosa y provechosa de varias apreciaciones sobre la realidad¹⁹.

Partiendo de ese entendimiento, la identidad de género²⁰ se reconoce como un derecho que resalta la «vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente»²¹. Es decir, protege la posibilidad de construir la percepción, imaginación, proyección y expresión de cada vida humana, conforme las experiencias personales y sociales que la moldean y reconfiguran. «Esta noción de sí mismo resulta trascendental, en tanto sitúa al sujeto en la sociedad, en la familia y en todos los ámbitos en los que se desenvuelve»²². Le asigna un rol en ellos, a través del cual la persona interactúa con los demás y reconoce la forma de hacerlo»²³.

Así las cosas, «el ser humano construye una idea de sí mismo en relación con la vivencia de las reglas, conceptos y apreciaciones del género en la sociedad y, a partir de ella se posiciona, se percibe e interactúa»²⁴. La identidad de género responde a esta dinámica y busca superar nociones de *determinismo biológico* que coartan las potencialidades mismas del ser humano, al encasillarlo en determinadas categorías hegemónicas, como aquellas que tradicionalmente se asocian a las nociones de mujer y hombre. De ese modo, aunque no está consagrada expresamente en la Carta, la identidad de género es una garantía fundamental que se deriva del principio de la dignidad humana y los derechos a la igualdad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad²⁵, «bajo el entendido de que es difícil encontrar un aspecto más

19. *Ibidem*.

20. COOK, Rebecca y CUSACK, Simone. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Trad. Andrea Parra. Bogotá: Profamilia, 2010, p. 24. Es preciso tener en cuenta que «El significado del término “género” es fluido, su uso es ambiguo y varía de acuerdo con las ideologías sobre el rol y comportamiento apropiado de las mujeres en la sociedad. El significado del género cambia con el tiempo, según los diferentes países y culturas, los órganos decisorios y según el juez o la jueza». Cfr. BUTLER, Judith. *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós, 2006: «No bastará ninguna definición simple del género y [...] es más importante poder seguirle la pista al término a través de la cultura popular que elaborar una definición estricta y aplicable».

21. Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007, Preámbulo. La Corte Constitucional ha adoptado esta definición de la identidad de género, en entre otras, las siguientes decisiones: T-804 de 2014, T-063 de 2015, T-099 de 2015, T-077 de 2016 y T-363 de 2016.

22. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-033 de 2022.

23. *Ibidem*.

24. *Ibidem*.

25. Corte Constitucional de Colombia, sentencias SU-044 de 2021 y T-675 de 2017. Ver también sentencias T-447 de 1995, SU-337 de 1999, T-476 de 2014, T-063 de 2015, T-099 de 2015, T-192 de 2020 y T-236 de 2020.

estrechamente relacionado con la construcción del proyecto de vida e “*individualidad del ser humano*”²⁶ que la definición del propio género»²⁷. En esa línea, el derecho a la identidad de género «impone a la sociedad y al Estado el deber de responder a esa concepción autorreferente de la persona»²⁸ y tratarla de un modo congruente y respetuoso de la visión que tiene de sí misma»²⁹.

Como se advirtió en la sentencia SU-044 de 2021 — reiterada en sentencias recientes como la SU-067 de 2023, la T-188 de 2024 y la C-136 de 2024 —, esta garantía también ha sido objeto de reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos, como lo han indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁰, quienes han reconocido que, en efecto, tiene como propósito erradicar los paradigmas que interfieren en la vida privada de las personas y socavan la construcción de su plan de vida de forma autónoma y libre de discriminación.

De otra parte, como se advirtió en la sentencia T-033 de 2022, la identidad de género debe entenderse como constructo autónomo producto del arbitrio del sujeto³¹. Es decir, como resultado de la volición humana y no de su naturaleza. «Antaño, por el contrario, el género se concibió como un resultado del sexo, al igual que lo era la orientación sexual, en un esquema que incluso antes del nacimiento fijaba en forma abstracta el destino de ser. A partir de él, a un cuerpo (mujer u hombre), le era asignada

26. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-594 de 1993. Ver también sentencias T-062 de 2011, T-565 de 2013 y T-335 de 2019.

27. Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-044 de 2021.

28. Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-033 de 2022 y T-063 de 2015.

29. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-033 de 2022.

30. Al respecto, la Corte Constitucional cita, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos (CDH) 17/19, 14 de julio de 2011, y 27/32, 2 de octubre de 2014. Así mismo, dicha Corporación sustenta sus conclusiones en «CDH, Resoluciones A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párrs. 21, 78 y 79, A/HRC/29/33/Add.1, 1 de mayo de 2015, párrs. 86, 88 y 111, lit. q. *Cfr.* Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), resolución 69/182, 30 de enero de 2015; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), observación general núm. 20, 2 de julio de 2009, párr. 27; PIDESC, observación general núm. 22, 2 de mayo de 2016, párrs. 23 y 40; Comité de los Derechos del Niño (CDN), observación general núm. 15, 17 de abril de 2013, párr. 8; CDN, observación general núm. 20, 6 de diciembre de 2016, párrs. 33 y 34; Comité contra la Tortura, observación general núm. 2, de 24 de enero de 2008, párr. 21; CDH, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Kuwait (CCPR/C/KWT/CO/3), 11 de agosto de 2016 párrs. 12 y 13; y CDH, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Federación de Rusia (CCPR/C/RUS/CO/7), 28 de abril de 2015, párr. 10».

31. Corte Constitucional de Colombia, sentencia Sentencia T-099 de 2015.

una orientación sexual (heterosexual) y un género (femenino o masculino)³². Actualmente, el género no se asigna, se vive y se construye»³³.

En ese sentido, es preciso evitar adherir el género al sexo³⁴ o la orientación sexual³⁵, con los que recurrentemente se confunde. La identidad de género es independiente del cuerpo biológico, como de las preferencias afectivas y sexuales. Cuando estas nociones se superponen, hay un gran riesgo de asumir erradamente el género de la persona³⁶, para hacerla por ejemplo exclusivamente un hecho biológico. Lo anterior comprometería su derecho a presentarse y exhibirse a sí misma como quiere hacerlo, al margen de su genitalidad. Así, la identidad de género no resulta configurada con la asignación del sexo al nacer. Es independiente de aquel³⁷.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la identidad de género abarca, por lo menos, dos facetas³⁸: una, relativa a la facultad de imaginar, concebir, desarrollar y expresar el género de forma libre y autónoma. Otra, concerniente a la especial protección constitucional de las identidades diversas y la prohibición de discriminación en su contra³⁹.

Desde la primera perspectiva, la identidad de género pasa por «un proceso previo, íntimo y personal, de definición de los rasgos esenciales de la personalidad que

32. BUTLER, Judith. *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. Paidós, 2007. p. 54.

33. Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-143 de 2018 y T-033 de 2022. Al respecto, la sentencia C-408 de 2023 señaló que «Las identidades de género trans y las identidades de género no binarias conforman el conjunto de *identidades de género diversas*, que, al apartarse de los parámetros tradicionales de lo masculino y lo femenino, están cobijadas por la protección constitucional a la diversidad sexual y la prohibición de discriminación por razones de género».

34. Al respecto, la Corte Constitucional cita a SUÁREZ CABRERA, Julia Marcela (Coord.). *Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales*. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2016, p. 31. «Referencia a los cuerpos sexuados de las personas; esto es, a las características biológicas (genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas) a partir de las cuales las personas son clasificadas como machos o hembras de la especie humana al nacer, a quienes se nombra como hombres o mujeres, respectivamente».

35. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-068 de 2021.

36. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-099 de 2015.

37. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-033 de 2022.

38. Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-044 de 2021. Al respecto, consultar también la sentencia C-408 de 2023.

39. La Corte constitucional ha precisado que en el derecho a la identidad de género concurren los siguientes contenidos: «(i) proscribir toda intervención en la autonomía del sujeto en la definición de la identidad y orientación sexual; (ii) proteger a las personas, particularmente aquellas que pertenecen a minorías de identidad u orientación sexual, de tratamientos discriminatorios injustificados; (iii) prohibir toda forma de sanción o restricción que pretenda cuestionar o direccionar la opción de identidad u orientación sexual del sujeto». *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-565 de 2013.

constituirán el soporte del proyecto de vida que pretende desarrollar el individuo»⁴⁰. Como se advirtió, se trata de un elemento «constitutivo y constituyente»⁴¹ de la definición del plan de vida de las personas, «como sujetos morales con capacidad plena para autodeterminarse, autoposeerse y autogobernarse»⁴² conforme a sus propios intereses y convicciones»⁴³. Superada esa etapa, concerniente al fuero interno de la persona, este derecho también busca proteger «la proyección hacia la sociedad de su ser, ya forjado. Una vez la persona ha precisado las particularidades de sí misma, se encuentra legitimada además para establecer la forma en la que, en función de ellas, quiere exteriorizarlas al mundo y ser tratado en él»⁴⁴.

En todo caso, siguiendo los Principios de Yogyakarta⁴⁵, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la forma en que cada sujeto presenta su género a la sociedad puede o no corresponder con su identidad de género autopercibida⁴⁶. En ese contexto, el derecho en estudio no solo protege la construcción identitaria de las personas y su vivencia íntima y personal. También salvaguarda la facultad de cada persona de «proyectarse libremente hacia los demás»⁴⁷, mediante expresiones sociales del género tales como la vestimenta, el modo de hablar, los modales y las formas de interacción social⁴⁸. En tales términos, la manifestación pública de la identidad de género “no puede ser objeto de invisibilización o reproche”⁴⁹.

En ello radica la segunda faceta de este derecho, esto es, la concerniente a la especial protección constitucional de las identidades de género diversas y la

40. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1033 de 2008.

41. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre de 2017, párr. 98.

42. Corte Constitucional de Colombia, sentencias SU-337 de 1999, T-977 de 2012, T-063 de 2015 y T-447 de 2019.

43. Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-141 de 2018, C-387 de 2014 y T-288 de 2018.

44. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-033 de 2022.

45. Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-044 de 2021.

46. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-356 de 2019. *Cfr.* Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007, Preámbulo, y Corte Constitucional, sentencias T-099 de 2015, T-143 de 2018 y T-447 de 2019.

47. Al respecto, la Corte Constitucional cita el Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, de 7 de agosto de 2020, párr. 59, de la CIDH.

48. Corte Constitucional de Colombia, sentencias SU-044 de 2021 y C-356 de 2019. *Cfr.* Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007, Preámbulo, y Corte Constitucional, sentencias T-099 de 2015, T-143 de 2018 y T-447 de 2019.

49. Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-440 de 2021.

prohibición de discriminación en su contra, aspecto en el que se ahondará a continuación.

3. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL REFORZADA Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE LAS IDENTIDADES DE GÉNERO DIVERSAS

Como se desprende de las anteriores consideraciones, cada persona está habilitada para construir y expresar autónomamente su género de la manera que considere que mejor se ajusta a sus expectativas y vivencias. Según se indicó en la sentencia SU-440 de 2021, esto quiere decir que las identidades de género «no son susceptibles de categorizaciones exhaustivas⁵⁰ debido a que la significación de las categorías de género fluctúa constantemente ante la “posibilidad de ser revaluadas a partir de la experiencia personal y del discurso aceptado por el colectivo social”⁵¹».

La igualdad derivada del artículo 13 de la Constitución asegura la protección de todas estas concepciones, al tiempo que otorga una especial garantía a los grupos tradicionalmente discriminados o marginados por adoptar identidades de género diversas, que no se acogen a las nociones hegemónicas que los definen únicamente a partir de caracteres biológicos. Tales grupos «están expuestos a estigmas y preconcepciones originadas en las reglas e imaginarios sociales sobre aquello que se asume normal en la vivencia del género⁵². Son valorados en función de la expectativa social según la cual las construcciones alrededor del género coinciden con la anatomía de las personas y con el sexo asignado por la sociedad al individuo en el momento de su nacimiento^{53,54}. Sobre el particular, la sentencia T-033 de 2022, advirtió que:

50. *Ibidem*. La Corte trae a colación lo señalado por el experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de la ONU. El derecho de la inclusión. Informe temático del año 2021, A/HRC/47/27, 3 de junio de 2021 párr. 10.

51. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-443 de 2020. «Sin perjuicio de ello, la Corte Constitucional y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han clasificado las vivencias y experiencias, en función de su correspondencia con determinadas normas de género socialmente establecidas, en: (i) identidades “cisgénero”, (ii) identidades de género “diversas” e (iii) identidades “ancestrales”».

52. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-077 de 2016.

53. BUTLER, Judith. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*. Buenos Aires, Paidós, 2002, pp. 179 y ss.

54. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-033 de 2022.

El propio ser de las personas con identidades de género diversas desafía, en la práctica, esta concepción. Sin embargo, son valorados en función de ella y, luego de ser sometidos a la interpretación social sobre sus cuerpos y sus vivencias, terminan por ser percibidos y percibirse, a sí mismos, como infractores de la normalidad⁵⁵. De este modo, los esquemas sociales tienden a menospreciarles⁵⁶ en el seno de la sociedad, con consecuencias que se proyectan en forma transversal sobre todos aquellos espacios en los que se desenvuelven.

En Colombia, la Corte ha destacado la forma en que, con ocasión de las creencias sociales, estas personas experimentan “múltiples obstáculos para la manifestación de su identidad y el ejercicio de sus derechos”⁵⁷. Esta situación genera limitantes en el marco de la comunidad. Adicionalmente, ha enfatizado en que “no hay duda alguna sobre el carácter estructural de la discriminación [...], debido a la preponderancia contextual de patrones sexistas y estándares de normalización que tienden a invisibilizar[les]”⁵⁸. De tal suerte, la jurisprudencia les reconoce en el orden constitucional vigente, como sujetos de especial protección constitucional⁵⁹. Lo anterior, con el ánimo de contrarrestar los efectos cotidianos y particulares de los escenarios de discriminación que se han conformado en su contra. Bajo esta categoría, busca afirmar su existencia y su participación en la sociedad y en el Estado.

En la misma providencia, se trajo a colación, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶⁰ como la Convención Americana de Derechos Humanos⁶¹, para enfatizar tajantemente la prohibición de cualquier trato discriminatorio, sustentado en

55. BUTLER, Judith. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*. Buenos Aires: Paidós, 2002, pp. 179 y ss.

56. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-804 de 2014.

57. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-447 de 2019.

58. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-068 de 2021.

59. Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-236 de 2020 y T-447 de 2019.

60. Artículo 2. «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía».

61. Artículo 1. «Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes (sic) 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. // 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano».

el sexo o en el género de una persona⁶², teniendo en cuenta «la carga histórica de la infravaloración a la que se encuentran sometidas las personas con identidades de género diversas»⁶³, lo cual les confiere una protección reforzada proveniente del artículo 13 la Constitución.

De ahí que el Estado no solo esté en la obligación de abstenerse de crear escenarios que redunden en actos de segregación contrarios a sus derechos, sino que además debe intervenir activamente en la implementación de mecanismos destinados a superar o aminorar los efectos de la desigualdad material que enfrentan esos grupos respecto del resto de la sociedad⁶⁴, entendiendo que la orientación sexual y la identidad de género son criterios sospechosos de discriminación⁶⁵.

Las diferencias de trato que estén fundadas en esta vivencia o su expresión pública y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de otros derechos fundamentales⁶⁶ son, *prima facie*, contrarias a la Constitución⁶⁷. Una diferencia de trato legal o administrativa fundada en la identidad de género solo será constitucional si existen poderosas razones objetivas que la justifiquen y esta supera las exigencias del juicio estricto de igualdad. Las categorías que pretendan desconocer esta garantía serán entendidas como criterios sospechosos de discriminación⁶⁸.

Con fundamento en ello, la jurisprudencia constitucional ha señalado enfáticamente que está prohibida la imposición de “normas de género” y barreras al reconocimiento de tal identidad⁶⁹, lo cual se traduce en dos consecuencias: en primer lugar, «que no es un objetivo social legítimo que al individuo se le impongan cargas derivadas

62. Al respecto, la Corte Constitucional cita a la CIDH en cuanto refirió que «[t]eniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en ellas (Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012 Serie C n.º 239, párr. 91.)».

63. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-033 de 2022.

64. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-363 de 2016.

65. Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-002 de 2021 y T-033 de 2022.

66. La Corte Constitucional cita al respecto: «Corte IDH, caso “*Duque contra Colombia*”, sentencia del 26 de febrero de 2016. Ver también, Corte IDH, caso “*Flor Freire Vs. Ecuador*”, sentencia del 31 de agosto de 2016 y caso “*Vicky Hernández y otras contra Honduras*”, sentencia del 26 de marzo de 2021».

67. Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-314 de 2011 y T-335 de 2019.

68. Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-440 de 2021.

69. *Ibidem*.

de ideas preconcebidas sobre los roles que debe cumplir “según su sexo asignado al nacer” y prejuicios o parámetros médicos de “normalidad”»⁷⁰. En segundo lugar, «que el Estado y los particulares deben abstenerse de llevar a cabo cualquier acción que interfiera o direcciona la definición personal, privada y libre de dicha identidad»⁷¹.

Precisamente, la sentencia SU-067 de 2023 había enfatizado la necesidad de abordar estos casos con un enfoque diferencial «a efectos de garantizar los derechos fundamentales de grupos sociales históricamente discriminados y, sobre todo, para evitar la reproducción de estereotipos que buscan legitimar diversas formas de violencia contra dichos colectivos»⁷². En la misma línea, la sentencia C-408 de 2023 señaló que «[l]a protección constitucional a la identidad de género está reforzada en el caso de las personas con identidad de género diversa», considerando «(i) la discriminación histórica de 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»⁷³, de manera que las diferencias de trato fundadas en la vivencia personal del género son contrarias a la Constitución.

Más recientemente, en la sentencia T-188 de 2024, se estableció que, en virtud del reconocimiento de las personas con identidades de género de diversas como sujetos de especial protección constitucional, las autoridades que están involucradas en las actuaciones punitivas «no puedan llevar a cabo prácticas discriminatorias o repliquen estereotipos que justifiquen la violencia y discriminación en contra de esta población»⁷⁴. Por el contrario, deben asumir una actitud diligente y proactiva de cara a evitar

70. *Ibidem*.

71. *Ibidem*.

72. Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-067 de 2023. *Cfr.* sentencia T-064 de 2023.

73. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-408 de 2023.

74. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-188 de 2024. En concreto, en esta providencia se estableció que «[...] el acceso a la justicia para las personas trans privadas de la libertad implica: (i) poder interponer denuncias, quejas o peticiones ante las autoridades penitenciarias y judiciales por la vulneración de sus derechos fundamentales, en particular aquellos relacionados con la garantía de su orientación sexual, identidad y expresión de género; (ii) que las autoridades penitenciarias respondan a las quejas o peticiones, y que esta respuesta sea notificada a la persona interesada; (iii) en los casos en los que se realice una investigación, esta se debe adelantar con apego al deber de debida diligencia, lo que implica, entre otras cosas, que se adopte una perspectiva interseccional para aproximarse y desarrollar la investigación; (iv) que las autoridades penitenciarias y judiciales no puedan llevar a cabo prácticas discriminatorias o repliquen estereotipos que justifiquen la violencia y discriminación en contra de esta población».

(v) que las autoridades penitenciarias coordinen con las autoridades judiciales y administrativas en los casos en los que se requiera para mitigar una situación de discriminación o violencia; y (vi) que esta decisión se cumpla, es decir, que se adopten todas las medidas para que efectivamente cese la vulneración de derechos.

la vulneración de los derechos relacionados con la garantía de su orientación sexual, identidad y expresión de género⁷⁵. Las siguientes consideraciones se concentrarán en este aspecto.

4. LA INVESTIGACIÓN PENAL Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO. ALCANCE Y LÍMITES DEL REGISTRO PERSONAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 248 DE LA LEY 906 DE 2004

En virtud del principio democrático, el establecimiento de un régimen procesal penal que delimite las actividades de investigación a cargo del Estado hace parte del amplio margen de configuración del legislador, teniendo en cuenta que solo en el campo de la deliberación política se pueden determinar los parámetros que guían el debido recaudo de elementos materiales probatorios y evidencia física que eventualmente se usará en las causas criminales. El artículo 150.2 de la Constitución respalda esta perspectiva, en cuanto dispone que corresponde al legislador expedir códigos en todos los ramos, incluyendo el estatuto de procedimiento penal (Ley 906 de 2004). En desarrollo de esta facultad, la ley puede definir los enunciados normativos de orden procesal que armonicen la efectiva investigación de las conductas criminales y la sanción de las conductas ilícitas, con los derechos de quienes resultan directa o indirectamente involucrados en las mismas.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que esa libertad de configuración normativa no es absoluta⁷⁶, sino que se encuentra limitada por los principios y los valores superiores, tales como justicia, igualdad y vigencia de un orden justo; los derechos fundamentales de las personas, y, especialmente, por las garantías asociadas al debido proceso. Así mismo, se ha sostenido que la legitimidad de las actuaciones penales se soporta precisamente en el respeto por los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y finalidad⁷⁷. «Por consiguiente, si el diseño legislativo particular de una institución procesal resulta abusivo, arbitrario o contrario a los derechos fundamentales, desconoce tales postulados superiores y debe ser retirado del ordenamiento jurídico»⁷⁸. «Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución»⁷⁹.

75. *Ibidem*.

76. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-383 de 2022.

77. *Ibidem*.

78. Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-314 de 2002, C-204 de 2003, C-662 de 2004 y C-029 de 2021.

79. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1404 de 2000.

La jurisprudencia constitucional⁸⁰ ha enfatizado la importancia de esas pautas, indicando que las normas procesales no pueden traducirse en actos que afecten los derechos a la integridad, a la libertad, a la intimidad y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, en el curso de la investigación penal, especialmente cuando implica la aplicación de medidas de contacto corporal, como el registro personal. En suma, este tipo de normas deben equilibrar, de un lado, el amplio margen de configuración normativa que tiene el legislador, en aras de conservar el ejercicio oportuno y eficaz de la potestad sancionadora del Estado y, de otro, el respeto por los derechos fundamentales⁸¹.

Ahondando en la figura del registro personal, es preciso indicar que hace parte de aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, con el fin de encontrar evidencias y objetos relevantes para la actuación penal que permitan esclarecer determinadas circunstancias fácticas. Es decir, hace parte del programa metodológico de una investigación penal y no está destinado a prevenir la comisión de delitos. «Estos procedimientos han sido clasificados como diligencias de investigación posdelictuales, dirigidas a hacer una búsqueda sobre el cuerpo del imputado, de la víctima o de terceros que tengan alguna relevancia para la investigación, con el fin de constatar o esclarecer los hechos, lograr la identificación del autor y determinar las circunstancias bajo las cuales éstos se produjeron»⁸².

En la sentencia C-822 de 2005, la Corte abordó integralmente el contenido del registro personal establecido en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, en aras de esclarecer sus límites y ámbito de aplicación. En esa decisión, se estableció que tal actuación siempre debe estar precedida de la autorización del juez de garantías, quien, en el marco de un ejercicio de ponderación, determinará si es pertinente, idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso, incluyendo los siguientes factores:

(i) la gravedad del delito, (ii) la importancia del bien jurídico tutelado penalmente, (iii) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés general el que se negara la práctica del registro personal, (iv) el valor probatorio de la evidencia material buscada a la luz del programa de investigación, (v) la persona sobre la que recae el registro, ya sea que se trate del imputado, de la víctima o de un tercero y, por el otro, (vi) el grado de incidencia del registro en los derechos del individuo, teniendo en cuenta, si la medida recae sobre el cuerpo desnudo o sobre órganos sexuales y senos, así como la vulnerabilidad del registrado⁸³.

Además de ello, se estableció que el registro personal se trata de una revisión superficial que puede aplicarse al imputado —en cuyo caso deberá estar asistido por su defensor— y a cualquier persona relacionada con la investigación. Como se advirtió,

80. *Ibidem*.

81. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-383 de 2022.

82. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-822 de 2005.

83. *Ibidem*.

abarca la totalidad el cuerpo —incluso desnudo y sobre zonas erógenas cuando las circunstancias del caso lo requieran— y la indumentaria que lleva consigo la persona (como su ropa, accesorios y demás pertenencias bajo su control), lo cual descarta cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. En cualquier caso, el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, en principio, no exige el consentimiento de la persona para la práctica de la diligencia, lo cual es suplido por la autorización previa de un juez que avalará su práctica, de encontrarla pertinente y necesaria, luego de ponderar los factores previamente mencionados.

Sobre este último ejercicio de ponderación, es preciso tener en cuenta que implica verificar especialmente el *grado de afectación* de los derechos de la persona sobre la cual recae la diligencia. «El grado de afectación variará dependiendo de si se realiza sobre la indumentaria del individuo o sobre la superficie desnuda del cuerpo, de si tal palpación recae sobre órganos sexuales y senos o sobre partes generalmente expuestas a los demás como la cara, las manos, etc.»⁸⁴. Dependiendo de estos factores, el juez determinará si la afectación es intensa o moderada y, en uno u otro caso, establecerá las condiciones y los parámetros bajo los cuales podrá llevarse a cabo el registro.

En ese sentido, para que la práctica de la diligencia sea procedente es necesario que el Fiscal General o su delegado presenten solicitud formal ante el juez, en la que se expongan de manera concreta: (i) los motivos razonablemente fundados que justifican la intervención; (ii) las circunstancias fácticas y los elementos de convicción que permiten inferir que la evidencia buscada está en poder de una persona relacionada con la investigación —la cual debe estar plenamente identificada, descartando los registros de sujetos indeterminados—, y (iii) las razones que acrediten la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación, considerando especialmente la relevancia y pertinencia que el elemento por conseguir tiene dentro del programa metodológico de la investigación que se adelanta, de modo que no se trate de una búsqueda indiscriminada⁸⁵. Desde luego, esto implica que previamente la autoridad debe haber agotado un ejercicio indagatorio orientado a acreditar los motivos por los que se justifica la medida.

Igualmente, el artículo 248 antes citado exige además que la diligencia se practique observando la dignidad humana de la persona, lo cual supone: «(i) que cuando se trate del registro de áreas con connotación sexual, o del cuerpo desnudo de la persona el registro se realice con el mayor decoro y consideración posible; (ii) que se evite someter a la persona a tocamientos o exposición de su cuerpo de carácter obsceno o humillantes, y (iii) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad»⁸⁶.

84. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-822 de 2005.

85. *Ibidem*.

86. *Ibidem*.

Además de ello, como se indicó anteriormente, la Corte Constitucional estableció que el procedimiento en estudio se orienta hacia fines legítimos y constitucionalmente importantes, relacionados con la efectiva obtención de los elementos de prueba necesarios para investigar y sancionar el delito. Igualmente, se trata de un mecanismo necesario e idóneo porque permite recuperar evidencia física adherida a la superficie corporal o escondida en la indumentaria o enseres portados por la persona afectada por el registro, cuando no existe otro medio para el efecto.

Ahora bien, la sentencia C-822 de 2005 también analizó el grado de incidencia que dicho procedimiento puede tener en distintos derechos de la persona involucrada. Por su relación intrínseca con el derecho a la identidad de género, y en atención a que el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 exige que quien realice el registro debe ser del *mismo sexo* de aquel sometido a la diligencia, este análisis centrará su atención en los derechos a la intimidad, la dignidad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto a la intimidad y la dignidad humana, se indicó que sufren una invasión media o alta dependiendo de la forma en que se practica el registro. En particular, atendiendo a circunstancias como: (i) las partes del cuerpo registradas —si recae sobre la indumentaria de la persona o los efectos personales que porta, o se produce sobre el cuerpo desnudo de la persona o involucra el tocamiento de órganos sexuales y senos—; (ii) la mecánica misma del registro, o (iii) la diferencia de género entre la persona que realiza el registro y el registrado⁸⁷.

En ese contexto, la afectación de tales derechos resultaría desproporcionada, por ejemplo, en los casos en que se manipula el cuerpo desnudo del individuo para esclarecer un ilícito de poca gravedad, teniendo en cuenta el bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas, así como el valor probatorio de la evidencia material buscada y la relación de la persona con la investigación. Pero también podría resultar desproporcionado que se deje de realizar la diligencia, a costa de los derechos de las víctimas, cuando el bien jurídico tutelado es de la mayor relevancia.

En cuanto al grado de limitación de la autonomía, como elemento del libre desarrollo de la personalidad, la Corte indicó que el registro personal no implica una incidencia alta o media, siempre que el afectado dé su consentimiento libre e informado⁸⁸. En efecto, la Corte enfatizó que, si bien el consentimiento de la persona no es exigido formalmente por la norma, es «siempre la primera opción para la práctica del registro personal»⁸⁹.

Pero cuando se realiza sin el consentimiento de la persona, tal incidencia es grave. Si la medida se realiza contra la voluntad del imputado, del tercero o de la víctima, el bien jurídico tutelado, la necesidad de asegurar el cumplimiento del deber de colaboración con la justicia y la protección de los derechos de las víctimas deberán pesar más

87. *Ibidem*.

88. *Ibidem*.

89. *Ibidem*.

que su derecho a no ser compelido a someterse al registro personal. Así entre mayor sea la importancia de los bienes jurídicos tutelados penalmente y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la práctica de la inspección corporal, la oposición del individuo tiene menor peso al momento de ponderar los intereses y derechos en colisión⁹⁰.

De otra parte, la Corte ha analizado el escenario en el que, incluso con la autorización del juez de garantías, la persona no otorga su consentimiento para realizar el registro. En principio, cuando ello sucede, dicha negativa no puede impedir la práctica del registro si ya ha sido autorizada por un juez.

En este evento es preciso distinguir dos situaciones. La primera es aquella en la cual la negativa se funda en circunstancias conocidas que ya fueron tenidas en cuenta por el juez al momento de conferir la autorización para que la medida fuese practicada. En este caso, las autoridades podrán proseguir con la diligencia aun en contra de la voluntad del imputado y respetando los principios señalados anteriormente para garantizar su dignidad humana y no someterlo a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otras garantías. La segunda situación surge cuando se invocan circunstancias extraordinarias que no fueron tenidas en cuenta por el juez al conferir la autorización. Ello puede presentarse, por ejemplo, cuando han sobrevenido hechos con posterioridad a la autorización judicial que puedan conducir a que de practicarse la intervención corporal se efectúe una afectación grave de los derechos de la persona registrada. En este evento se deberá acudir de nuevo al juez de control de garantías que autorizó la medida para que este defina las condiciones bajo las cuales el registro corporal se podrá practicar, o lo niegue⁹¹.

Así las cosas, teniendo en cuenta el notable grado de afectación de la libre autodeterminación de la persona, cuando esta se opone a la realización del registro, es necesario que el juez que lo autorizó defina las condiciones bajo las cuales puede ser llevado a cabo, «a fin de que en su práctica se reduzca al mínimo posible la incidencia de la medida sobre este derecho»⁹², partiendo de que, «a mayor sea la incidencia de la medida en los derechos del individuo, mayor peso deberán tener los factores que determinan el peso del bien jurídico tutelado y de los derechos de las víctimas»⁹³.

5. SOBRE LA EXIGENCIA QUE EL REGISTRO PERSONAL SEA PRACTICADO POR UNA PERSONA DEL MISMO SEXO

En líneas anteriores se esclareció la naturaleza del registro personal y se estableció el alcance del derecho a la identidad de género, así como la protección constitucional reforzada para quienes lo experimentan de forma diversa. Como se anunció al inicio,

90. *Ibidem*.

91. *Ibidem*.

92. *Ibidem*.

93. *Ibidem*.

partiendo de esos lineamientos, a continuación, se indagará sobre la existencia de un presunto trato discriminatorio contra quienes asumen identidades de género diversas, en cuanto el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 exige que la diligencia de registro antes descrita sea practicada por un funcionario *del mismo sexo* de la persona registrada, lo cual, en principio, desconoce que cada quien puede autodeterminarse, más allá de las etiquetas que emanan de ese concepto. Es decir, se cuestiona el uso de una categoría lingüística mediante la cual el legislador parece desconocer el derecho a la igualdad de las personas que buscan autoconcebirse, desarrollarse y expresarse libremente, con independencia de los rótulos tradicionalmente empleados para clasificar a los seres humanos en mujeres y hombres⁹⁴.

Ahora bien, antes de proceder a ello, es menester recordar que, en la citada sentencia C-822 de 2005, la Corte Constitucional abordó integralmente el contenido del registro personal establecido en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, lo cual podría sugerir que, en principio, se está ante un escenario de cosa juzgada constitucional que descartaría cualquier análisis adicional sobre el particular y de contera dejaría sin objeto el presente estudio.

5.1. *Análisis preliminar sobre la configuración de cosa juzgada*

Para abordar este aspecto, preliminarmente debe advertirse que, conforme al artículo 243 de la Carta Política, la cosa juzgada constitucional es una institución procesal, en virtud de la cual las decisiones proferidas por aquel Tribunal, en sede de control abstracto de constitucionalidad, adquieren carácter inmutable, vinculante y definitivo. Dicho efecto busca salvaguardar la supremacía constitucional y la seguridad jurídica, al impedir que se realice un nuevo pronunciamiento sobre una norma que ha sido previamente juzgada (*identidad de objeto*), por los mismos cargos (*identidad de causa*) y con fundamento en un parámetro de control análogo. Quiere decir lo anterior que no hay cosa juzgada si no concurre alguno de estos tres elementos, de modo que, no obstante existir un fallo de constitucionalidad, podría abrirse la posibilidad de realizar una nueva valoración de la norma acusada.

94. SUÁREZ CABRERA, Julia Marcela (Coord.). *Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales*. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2016, p. 14. Al respecto, se habla de «las características físicas o biológicas, cromosómicas, gonadales, hormonales y anatómicas de una persona, que incluyen características innatas, tales como los órganos sexuales y genitales, y/o estructuras cromosómicas y hormonales, así como características secundarias, tales como la masa muscular, la distribución del pelo, los pechos o mamas». «[r]eferencia a los cuerpos sexuados de las personas; esto es, a las características biológicas (genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas) a partir de las cuales las personas son clasificadas como machos o hembras de la especie humana al nacer, a quienes se nombra como hombres o mujeres, respectivamente».

En efecto, la jurisprudencia⁹⁵ ha reconocido que ello sucede cuando: (i) se plantean cargos sustancialmente diferentes a los previamente admitidos y estudiados; (ii) ha operado una modificación en el referente o parámetro de control (la Constitución Política o el bloque de constitucionalidad), bien sea esta formal (reforma constitucional o inclusión de nuevas normas al bloque) o en cuanto a su interpretación o entendimiento de acuerdo con la evolución de los paradigmas sociales (Constitución viviente), cuyo efecto sea relevante en la comprensión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma que ya fue objeto de control; o (iii) se produce una modificación relativa al objeto de control, esto es, en el contexto normativo en el que se encuentra la norma que fue controlada, que determine una variación en su comprensión o en sus efectos. «En estos casos, en estricto sentido, no se trata de excepcionar la cosa juzgada, sino de reconocer que, en razón de los cambios en algunos de los extremos que la componen, en el caso concreto, no se configura una cosa juzgada que excluya la competencia de la Corte Constitucional para adoptar una decisión de fondo»⁹⁶.

Para facilitar el abordaje de la categoría en comento y determinar las consecuencias que de ella se desprenden, la Corte ha categorizado la cosa juzgada en diversas especies⁹⁷. Se destacan las siguientes para efectos del presente análisis:

- *Formal o material*. Esta clasificación parte de diferenciar las *normas* que son objeto de control de los *enunciados normativos* o textos legales que las contienen⁹⁸ o, en otros términos, las *normas jurídicas* de las *disposiciones*⁹⁹, en el entendido de que el contraste de constitucionalidad se realiza respecto de normas jurídicas, y una misma disposición, enunciado normativo o texto legal puede contener varias normas jurídicas¹⁰⁰. Así, es *formal*, cuando se trata de la misma disposición. *Material*, cuando la norma analizada se encuentra reproducida en otra disposición, incluso del mismo cuerpo normativo.
- *Absoluta o relativa*. Esta clasificación depende de la extensión del control realizado. Una sentencia hace tránsito a cosa juzgada *absoluta* si abordó todos los posibles vicios de inconstitucionalidad de la norma y, por lo tanto, clausuró la posibilidad de formular otros cargos que permitan un nuevo juicio¹⁰¹. Se presenta en

95. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-096 de 2017.

96. *Ibidem*.

97. LÓPEZ MEDINA, Diego y MOLANO SIERRA, Edwin. La cosa juzgada constitucional a sus 30 años de evolución: flexibilización del principio y nuevo balance entre estabilidad y cambio en el control constitucional de las leyes. *Revista Derecho del Estado*. Ago. 2021, 50, pp. 261-291.

98. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-007 de 2016.

99. Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-073 de 2014 y C-583 de 2016.

100. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-096 de 2017.

101. Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-310 de 2002, C-584 de 2002 y C-149 de 2009.

aquellos casos en que la norma es expulsada del ordenamiento jurídico o el control es integral y definitivo, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, como ocurre con los decretos legislativos, los tratados internacionales y las leyes que los aprueben y los proyectos de ley estatutaria, salvo en la hipótesis en que el vicio ocurra con posterioridad al control integral. En estos escenarios, la Corte busca oficiosamente todos los posibles vicios que afectan la norma, de modo que, una vez declarada la exequibilidad, opera una presunción de constitucionalidad que no admite prueba en contrario¹⁰². Entretanto, la cosa juzgada *relativa* se predica de aquella sentencia que se limitó a los cargos analizados en el juicio anterior y que, por tanto, no obstan para que la misma norma pueda ser objeto de nuevas controversias, con base en reproches diferentes. Esta categoría de cosa juzgada puede ser declarada de manera explícita en la parte resolutive de la sentencia, a través de expresiones como “declarar exequible por los cargos analizados”, pero también puede deducirse del análisis integral del fallo, para concluir que el control no fue integral, sino se contrajo a ciertos vicios de constitucionalidad¹⁰³.

En suma, salvo que se esté ante un escenario de cosa juzgada relativa porque surgen cuestionamientos no estudiados previamente o porque se suscita un cambio en el parámetro de control —bien por modificaciones formales en el texto de la Carta o el bloque de constitucionalidad o por transformaciones de la realidad asociadas al concepto de *Constitución viviente*—¹⁰⁴, no habría lugar a nuevos análisis sobre la norma previamente auscultada.

Aplicando las anteriores pautas al presente estudio, se concluye que no se está ante un escenario de cosa juzgada en relación con la hipótesis que se pretende abordar por las siguientes razones:

El cargo que la Corte Constitucional analizó en la Sentencia C-822 de 2005 consistió, en esencia, en que el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 permitía que el fiscal ordenara intervenciones corporales sin control judicial previo, lo cual, atentaba contra

los derechos fundamentales (i) a la dignidad humana, porque convierte a la persona en un objeto de investigación penal y (ii) a la intimidad, porque el registro puede involucrar tocamientos indecorosos o humillantes de áreas con connotación sexual o del cuerpo desnudo de la persona; (iii) a la autonomía personal, por la posibilidad de que la medida se realice sin el consentimiento de la persona. También [...] vulnera (iv) el derecho a no

102. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-096 de 2017.

103. Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-478 de 1998, C-310 de 2002, C-469 de 2008, C-600 de 2010, C-912 de 2013, C-148 de 2015, C-007 de 2016 y C-538 de 2016.

104. Al respecto, consultar también Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-100 de 2019: Ante el carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, es imperativo que la Corte revise su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva —aun cuando no haya cambios formales en el texto fundamental—.

autoincriminarse y (v) la presunción de inocencia, porque de los elementos materiales probatorios buscados y de los motivos razonablemente fundados se puede derivar una conclusión anticipada sobre la responsabilidad del imputado y un desconocimiento del principio de presunción de inocencia¹⁰⁵.

La Corte estableció que el registro personal busca fines legítimos y constitucionalmente importantes, expresamente consagrados en la Carta Política, en particular, la persecución del delito y el aseguramiento de los medios materiales probatorios y de la evidencia física, en aras de asegurar una pronta y cumplida justicia. Además, es necesario e idóneo porque permite recuperar elementos materiales probatorios y evidencia física adheridos a la superficie corporal o escondidos en la indumentaria, u ocultos en enseres portados por la persona afectada por el registro, o ubicados en el área inmediata bajo control físico de la persona, cuando no existe otro medio a través del cual se puedan recabar tales elementos.

Con todo, en ciertos escenarios, tal medida puede resultar injustificada. Por ejemplo, cuando recae sobre el cuerpo desnudo de la persona o involucra el tocamiento de zonas erógenas y lo único que se busca investigar es un delito de poca envergadura. Es decir, la carga impuesta al individuo puede resultar excesiva, al sopesar la gravedad del hecho delictivo, el bien jurídico tutelado, los derechos de las víctimas, el valor probatorio de la evidencia material buscada, la relación de la persona con la investigación, las partes del cuerpo registradas, la mecánica misma del registro y la diferencia de género entre la persona que realice el registro y el registrado. En últimas, «[a] mayor sea la incidencia de la medida, mayor importancia deben tener los bienes jurídicos tutelados y mayor impacto deberá tener el no realizar la inspección corporal para los derechos de las víctimas»¹⁰⁶.

Como todas estas circunstancias deben analizarse caso a caso, la Corte declaró exequible la norma, «por los cargos analizados», en el entendido que:

- a) [S]alvo el registro incidental a la captura, el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;
- b) el juez de control de garantías también definirá las condiciones bajo las cuales esta se podrá practicar en el evento de que la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica.

Como puede advertirse, aunque dicha providencia se refirió al registro personal e identificó diversos factores que deben ponderarse para que su práctica sea justificada, lo cierto es que no se refirió específicamente a la premisa que aborda el presente análisis. Es claro que, sin perjuicio del estudio inherente al procedimiento en cuestión, lo

105. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-822 de 2005.

106. *Ibidem*.

que se ausculta actualmente es que se emplee el «sexo» como parámetro que categoriza a las personas que intervienen en el registro, a partir de factores eminentemente biológicos que, al parecer, desconocen su derecho a asumir una identidad diversa.

Si bien es cierto, la Corte estableció que el procedimiento debe ejecutarse previa autorización judicial, también lo es que de ello no se desprende una postura concreta en torno al uso de la expresión en comento y la limitación que puede implicar para el derecho a la identidad de género. De hecho, en la referida sentencia, no se advierte un análisis sistemático e integral sobre este concepto ni se observa referencia a su relación con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. Esto obedece precisamente a que la crítica que analizó la Corte no se basó en ese derecho, lo que denota que en esta ocasión se está ante un motivo de censura diferente.

En efecto, el principal reproche que la Corte estudió en esa oportunidad consistió en que, sin orden de autoridad judicial que velara por los intereses de afectado, el fiscal pudiera interferir autónomamente en la intimidad y dignidad de una persona, cuando requiriera pruebas para la investigación. Lo que ahora se cuestiona no es la potestad de ese funcionario ni la concurrencia de una orden judicial previa, sino el uso una categoría lingüística, mediante la cual el legislador parece limitar injustificadamente el derecho de cada persona a autoconcebirse, desarrollarse y expresarse libremente, más allá de los rótulos tradicionalmente empleados para clasificar a los seres humanos en mujeres y hombres.

En otras palabras, no se discute la competencia de las autoridades para practicar el registro personal. Tampoco se cuestiona su relevancia como mecanismo para recaudar pruebas orientadas a demostrar la responsabilidad penal ni se debate la necesidad de que esté precedido de una orden judicial. Estos aspectos ya fueron claramente delimitados en la prenotada sentencia. A diferencia de ello, el presente estudio se funda en un punto muy específico: el presunto trato discriminatorio que aparentemente produce la norma referida —incluso con el condicionamiento introducido por la citada providencia—, en cuanto exige que tal diligencia sea practicada por una persona del mismo sexo, con lo que aparentemente dejó de lado que cada quien puede autodeterminarse, más allá de las etiquetas que emanan de esa categoría, en virtud del derecho a la identidad de género.

Ahora bien, debe advertirse que, en la parte dogmática de esa sentencia, la Corte realizó la siguiente afirmación: «[e]n cuanto a las garantías, la disposición bajo estudio exige que quien realice el registro, sea del mismo género que el afectado con el registro [resaltado propio]»¹⁰⁷. Podría decirse que, al incluir esta idea en el texto, se terminó zanjando el debate relativo al uso de las expresiones referidas por los demandantes e intervinientes, decantándose la Corte por la palabra «género».

Sin embargo, tal conclusión es insostenible y no puede conducir a la configuración de la cosa juzgada, por tres razones: (i) pese a la mención tangencial de esa palabra, lo cierto es que en la parte resolutive de la decisión finalmente no se efectuó declaración

107. Sección 5.3.1., párrafo 11.

expresa en ese sentido, sino que solo se estableció el condicionamiento relativo a la autorización judicial en los términos previamente descritos; (ii) como viene de verse, el cargo estudiado no se basaba en ese tema específico, lo que impidió que la Corte ahondara de manera exhaustiva en los argumentos que hoy son objeto de análisis, especialmente en lo que hace a la presunta trasgresión del derecho a la igualdad en relación con la identidad de género, y (iii) la cosa juzgada no se predica únicamente de la *ratio decidendi* o el *obiter dicta* de sentencias previas. Es preciso, además, que tales consideraciones se reflejen en la parte resolutive que declara la exequibilidad o inexecutable de la norma. Como esto no sucedió específicamente respecto de la condición relativa al sexo de la persona que practica el registro, no hay lugar a la configuración de tal fenómeno.

5.2. Aplicación del juicio integrado de igualdad

Solucionado el anterior punto, es preciso recordar que, de acuerdo con la técnica constitucional¹⁰⁸, el análisis de los presuntos tratos discriminatorios debe realizarse conforme a la metodología del juicio integrado de igualdad, en cuanto «hace una interpretación sistemática de la Constitución [...] [y] aprovecha las ventajas analíticas del juicio de razonabilidad»¹⁰⁹. Su aplicación se desarrolla a partir de varias etapas. Preliminarmente, deben identificarse dos presupuestos: (i) los términos de comparación, esto es, las personas, elementos, hechos o situaciones que efectivamente son comparables y (ii) el presunto trato discriminatorio, lo que implica definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Verificados tales aspectos, a continuación, corresponde determinar el nivel o la intensidad de escrutinio del análisis: débil, intermedio o estricto¹¹⁰. Por último, superadas dichas

108. Ver, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-277 y C-111 de 2022, C-119 de 2021 y C-345 de 2019, entre otras.

109. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-345 de 2019.

110. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-277 de 2022: «*Escrutinio débil*. [...] Dicho juicio «está dirigido a verificar que la actividad legislativa se ejerza dentro del marco de razonabilidad y que, por ende, no se adopten decisiones arbitrarias o caprichosas» [Sentencia C-345 de 2019]. Atendiendo este cometido, al emplear este juicio, el tribunal se encuentra llamado a establecer que «la finalidad y el medio utilizado no se encuentren prohibidos por la Constitución y [que] el medio [sea] idóneo o adecuado para alcanzar el fin propuesto» [*ibidem*]. Por regla general, este juicio se aplica a «materias en las que el legislador tiene un amplio margen de configuración» [Sentencia C-420 de 2020]. || *Escrutinio intermedio*. El juicio de igualdad intermedio conlleva un mayor rigor en el examen de constitucionalidad: en este escrutinio se exige i) «que el fin sea constitucionalmente importante; [ii] que el medio para lograrlo sea efectivamente conducente; [y] [...] [iii] que la medida no sea evidentemente desproporcionada» [Sentencia C-345 de 2019]. Este escrutinio se emplea cuando la medida sometida a control judicial afecte un derecho constitucional no fundamental, contenga indicios de arbitrariedad que impliquen una afectación grave a la libre competencia y, finalmente, cuando emplee criterios sospechosos, «pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados» [*ibidem*].».

etapas, debe averiguarse si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, a partir de la aplicación de los elementos del *test de proporcionalidad* (el fin buscado por la medida, el medio empleado y la relación entre el medio y el fin). A continuación, se desarrollan estos aspectos:

5.2.1. Sujetos por comparar, criterio de comparación y existencia de un trato presuntamente discriminatorio

Como se viene advirtiendo, para efectos de este análisis, los *sujetos por comparar* son las personas con identidades de género diversas y quienes no están en esa situación. En ese sentido, el *factor de comparación* derivado de la norma anteriormente mencionada es el *género* dentro del cual se concibe cada individuo, bien porque se desarrolla a través de expresiones diversas a las que le fueron asignadas al nacer o las que aparecen registradas en su documento de identidad o porque se acoge a ellas. Por último, el *trato presuntamente discriminatorio* se deriva de la aplicación de la categoría *sexo* a toda persona que es sometida al registro personal, sin reconocer a aquellos sujetos que no se autodeterminan dentro de los paradigmas de lo construido y concebido como femenino y masculino, en virtud de factores biológicos.

5.2.2. Intensidad del test

Verificado lo anterior, corresponde ahora determinar la intensidad del test a aplicar. Se estima que debe ser *estricto*, habida cuenta de que, si bien el legislador goza de un amplio margen de configuración en la materia, lo cierto es que: (i) la medida objeto de examen podría afectar derechos fundamentales como la intimidad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, como se explicó líneas arriba; (ii) tal afectación se predica de las personas con identidad de género diversa, quienes han sido históricamente invisibilizadas, excluidas y discriminadas, según lo ha advertido la jurisprudencia de la Corte Constitucional y; (iii) el sexo es un criterio sospechoso de discriminación, prohibido por el inciso primero del artículo 13 de la Constitución¹¹¹.

Cabe anotar que, según la jurisprudencia constitucional, tal nivel de escrutinio debe ser aplicado cuando, por ejemplo, la medida «afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados» o cuando, «en principio, impacta gravemente un derecho fundamental»¹¹². Así mismo, cuando «contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el inciso 1° del

111. Al respecto, la sentencia SU-067 de 2023 señaló que «[...] una diferencia de trato legal o administrativa fundada en la identidad de género sólo será constitucional si existen poderosas razones objetivas que la justifiquen y esta supera las exigencias del juicio estricto de igualdad».

112. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-345 de 2019.

artículo 13 de la Constitución»¹¹³. De ahí que implique un «mayor grado de escrupulosidad en el control judicial de las medidas acusadas de violar el artículo trece superior»¹¹⁴. Es por esto que el escrutinio estricto evalúa tres condiciones: «(i) si el fin perseguido por la norma es imperioso; (ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma; y, por último, (iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto»¹¹⁵.

5.2.3. Aplicación del test estricto

5.2.3.1. Análisis de finalidad de la medida.

El propósito de la norma en estudio, en principio, es proteger la dignidad humana durante el proceso de registro personal, lo cual, al menos preliminarmente, resulta legítimo y constitucionalmente importante. El diseño legislativo que toma como punto de partida el establecimiento de límites a las competencias de las autoridades que pretenden obtener pruebas para determinar la responsabilidad penal, ciertamente, permite materializar importantes mandatos superiores asociados a la dignidad humana y al debido proceso. Además, la fijación de precisas condiciones para el recaudo de pruebas que implican contacto físico con el cuerpo humano no solo representa una garantía para la intimidad del investigado, las víctimas u otro sujeto relacionado con la investigación, sino que materializa el deber de recaudar pruebas legalmente y sin afectar derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución, lo que también tiene marcada incidencia en la efectiva sanción de las conductas criminales y la búsqueda de la verdad y la justicia.

Precisamente, como se advirtió en la sentencia C-822 de 2005, el que la diligencia sea practicada por una persona *del mismo sexo* constituye una garantía para quien es sometido al registro, especialmente en aras de velar por su comodidad al momento de tener contacto con una persona con la que, *prima facie*, se asemeja en términos biológicos. No se pasa por alto que, de acuerdo con el artículo 248 de la ley 906 de 2004, esa protección se basa solo en el sexo, luego únicamente se predicaría de las personas con una identidad cisgénero, es decir, aquellas que adoptan para sí las construcciones sociales que definen lo femenino y masculino, siguiendo las características fisiológicas que dieron lugar a la asignación de una condición binaria –mujer u hombre–, al momento del nacimiento o de la expedición del respectivo documento de identidad¹¹⁶.

113. *Ibidem*.

114. *Ibidem*.

115. *Ibidem*.

116. SUÁREZ CABRERA, Julia Marcela (Coord.). *Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales*. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2016, p. 15.

Como se verá adelante, esto se traduce en un trato discriminatorio para las personas con identidades de género diversas. Sin embargo, se insiste, desde una perspectiva abstracta, la finalidad que busca la norma, en el sentido de que exista cierta compatibilidad entre quienes intervienen en la diligencia de registro, sí resulta legítima, en tanto pretende maximizar la dignidad de la persona cuyo cuerpo y pertenencias serán objeto de revisión. El aspecto constitucionalmente problemático, según se explica enseguida, radica en el medio que el legislador empleó para el efecto, al limitar el ámbito de aplicación de la norma a través de la expresión *del mismo sexo*.

5.2.3.2. Relación entre el medio y el fin

Se advierte que el medio elegido por el legislador no es proporcionado ni razonable, porque no es adecuado ni efectivamente conducente para garantizar las finalidades antedichas. En efecto, la norma en cuestión crea un déficit de protección para las personas cuya identidad de género no coincide con su sexo biológico, lo que torna nugatorio su derecho a desarrollarse y expresarse libremente, con independencia de sus características físicas y de las etiquetas que socialmente les han sido impuestas¹¹⁷. De hecho, la norma riñe con la naturaleza misma del ser humano que, como ser autónomo capaz de proyectarse personal y socialmente, puede desarrollar infinidad de facetas en las diferentes esferas de su existencia, incluyendo el género.

Al emplear un criterio sospechoso, como el sexo, dicha norma desconoce abiertamente el derecho a desarrollar y expresar la identidad de género de forma libre y autónoma, toda vez que reduce a la persona a los paradigmas que asocian sus comportamientos y condiciones anatómicas a lo socialmente construido como femenino y masculino. En otras palabras, el género de cada persona queda supeditado no a sus preferencias y a la manera en que desea concebirse y expresarse, sino exclusivamente al arbitrio de la autoridad que interviene en el registro a partir de sus propios prejuicios en torno a la manera en que se comporta un *hombre* o *mujer* o de lo que indique el documento de identidad¹¹⁸, lo cual, se insiste, anula por completo la capacidad del ser humano para autodefinirse sin más límites que los que le impone la Constitución.

117. Al respecto, se ha considerado que el género puede ser «un *dispositivo de poder* que realiza dos operaciones fundamentales e interrelacionadas; por un lado, la producción de la propia dicotomía de sexo y de las subjetividades vinculadas a ella y, por otro, la producción y regulación de relaciones de poder entre varones y mujeres». PUJAL LLOMBART, Margot y AMIGOT LEACHE, Patricia. El binarismo de género como dispositivo de poder social, corporal y subjetivo. *Quaderns de Psicologia*, 2010, 12(2), pp. 131-148.

118. COOK, Rebecca y CUSACK, Simone. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Trad. Andrea Parra. Bogotá: Profamilia, 2010, p. 12. «Desde este punto de vista, los seres humanos no vemos el “mundo exterior” tal y como es; por el contrario, preconcebimos “imágenes mentales”, o estereotipos, en los cuales nos basamos para darle significado al mundo que percibimos. Dicho de forma simple, los estereotipos nos ayudan a entender, simplificar y procesar los infinitamente variables atributos, características y roles individuales

Si lo que se busca es respetar la dignidad de la persona para que se sienta cómoda con el registro de su cuerpo, no es admisible que se imponga a las personas con género diverso un condicionamiento que limite injustificadamente su derecho a construir y proyectar su personalidad sin injerencias institucionales basadas en prejuicios asociados al sexo. Indudablemente, esto se traduce en un trato discriminatorio contra aquellos que desarrollan y expresan identidades diversas, toda vez que, mientras a las personas que se reconocen con el sexo que les fue asignado al nacer se les garantiza ser registradas por una persona con la que coinciden en ese aspecto, a quienes no se encuentran en esa situación sencillamente se les impone la perspectiva de la autoridad competente sobre lo que es ser *mujer* u *hombre*, en evidente desmedro de sus derechos a la igualdad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad¹¹⁹.

Es precisamente por esa razón que la medida en estudio no se muestra adecuada ni conducente para equilibrar el ejercicio eficaz de la competencia investigativa del Estado con la dignidad de las personas sometidas al registro. Es claro que ciertos derechos pueden ser limitados, en aras de satisfacer intereses superiores. En este caso, no obstante, el compromiso del derecho a la identidad de género no tiene algún horizonte definido que genuinamente esté justificado en la consecución de una finalidad jurídicamente relevante. Desde ninguna perspectiva es comprensible que se limite una garantía constitucional, si ello no conduce a la satisfacción de bien alguno. Por consiguiente, aunque en principio la finalidad de la norma analizada es constitucionalmente relevante, esto es, que se garantice la dignidad de las personas mientras las autoridades recaudan medios de prueba, lo cierto es que el mecanismo previsto para el efecto no se compadece con la intensa afectación de principios y derechos constitucionales de los grupos históricamente marginados en razón del género.

del mundo en que vivimos. Así, las personas pueden ser categorizadas o estereotipadas con base en varios criterios tales como su género, pigmentación de la piel, edad, idioma, religión, orientación sexual y origen racial o étnico». Al respecto, además se indica que: «Estereotipamos para definir la diferencia, para etiquetar a las personas como diferentes de la norma con la que tenemos familiaridad, especialmente de nosotros mismos. Etiquetamos a la gente para no tener que tomarnos el tiempo o hacer el esfuerzo de entender sus diferencias o de conocerles como individuos. Las personas estereotipan al atribuir erróneamente una característica o rol a un individuo porque creen que es probable que todas las personas miembros del grupo social con el que dicho individuo se identifica, posean tal atributo o característica, o cumplan con dicho rol».

119. *Ibidem*, p. 148. «En los casos en que se pueda demostrar que una cierta distinción, exclusión o restricción se basa en o está conectada a un estereotipo de género, es posible hacer una determinación jurídica de que hubo discriminación como resultado de dicha estereotipación. Identificar y articular esta relación es fundamental para demostrar que la imposición, aplicación o perpetuación de un estereotipo de género en una ley, política o práctica [...]. PUJAL LLOMBART, Margot y AMIGOT LEACHE, Patricia. El binarismo de género como dispositivo de poder social, corporal y subjetivo. *Quaderns de Psicologia*. 2010, 12(2), pp. 131-148.

Finalmente, para concluir el análisis sobre la relación entre el medio y el fin, es preciso verificar si el primero es *necesario*, es decir, si existen alternativas igualmente efectivas, pero menos intrusivas, para lograr el mismo propósito buscado por la norma. Al respecto, se advierte que existen otras alternativas que permitirían conservar la efectividad de la diligencia de registro sin afectar la identidad de género de los interesados. Aunque más adelante se ahondará en este punto, a modo de ejemplo, valga anotar que entre las alternativas constitucionalmente plausibles se encuentra la de emplear el *género*, en lugar del *sexo*, como parámetro para garantizar la comodidad de la persona registrada¹²⁰. Igualmente, como ya se advirtió en la sentencia C-822 de 2005, se muestra adecuada la opción de solicitar el consentimiento de la persona antes de realizar el registro de manera que acoja voluntariamente el género de la persona que agotará el procedimiento. Estas opciones, como se explicará adelante, permiten superar el escenario de desprotección antes descrito, al paso que potencian la autonomía de la persona, especialmente en aras de garantizar su derecho a la identidad de género.

5.2.3.3. Estudio de proporcionalidad en sentido estricto

Este componente exige analizar si la medida enjuiciada reporta mayores beneficios para los principios constitucionales en tensión¹²¹. En línea con lo expuesto anteriormente, los beneficios que, en teoría, genera la medida son inferiores a la afectación intensa que ocasiona sobre los derechos a la intimidad y al debido proceso de las personas con identidad de género diversa. En tal sentido, la norma en estudio implica sacrificios injustificados de estas garantías, pues permite que el ente acusador transgreda la esfera privada de las personas para imponerles injustificadamente un único modo de construir y vivenciar su género¹²².

120. COOK, Rebecca y CUSACK, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Trad. Andrea Parra. Bogotá: Profamilia, 2010, p. 23. «Como los estereotipos de género, la asignación de estos evoluciona, en parte, debido a la forma en que el género es entendido. La estereotipación de género *per se* no es necesariamente problemática, sino cuando opera para ignorar las características, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales, de forma tal que se le niegan a las personas sus derechos y libertades fundamentales y se crean jerarquías de género».

121. CABRERA SUÁREZ, Lizandro Alfonso. Ponderación de los derechos constitucionales: principios y valores en Colombia. *DIXI*. Enero de 2020, 31, pp. 1-17. DOI: <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2020.01.06>

122. PUJAL LLOMBART, Margot y AMIGOT LEACHE, Patricia. El binarismo de género como dispositivo de poder social, corporal y subjetivo. *Quaderns de Psicologia*. 2010, 12(2), pp. 131-148. Trayendo a colación ideas de Michel Foucault, estas autoras consideran que el *sexo* sirve como mecanismo para *disciplinar* a las personas, sujetándolas a determinadas directrices que producen aquello que es adecuado en diversos escenarios institucionales, lo cual «esconde un nuevo entramado tecnológico del poder, aquel que incorpora la ley en el cuerpo: disciplina y normaliza. En este sentido, la diferencia sexual es un elemento que los dispositivos disciplinarios han regulado de manera específica».

No se advierte algún motivo que justifique que las personas sometidas al registro deban ignorar la manera en que se identifican, al punto de desconocer su propia personalidad¹²³. Desde una perspectiva constitucional, la diferenciación basada en el sexo no es compatible con los principios de igualdad y no discriminación, pues no asegura una protección adecuada para la diversidad de identidades de género de las personas registradas. En ese contexto, pueden aparecer situaciones de exclusión o segregación, lo que contradice el propósito de salvaguardar la dignidad humana durante el proceso de registro.

En consecuencia, al no superarse satisfactoriamente el juicio de igualdad, puede concluirse que la disposición en comento no es compatible con la Constitución (en lo que hace a la exigencia de que el registro personal sea practicado por una persona del mismo sexo que la persona registrada), dado que impone una restricción irrazonable y desproporcionada sobre los derechos a la intimidad, la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad de género.

6. PROPUESTA: LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 248 DE LA LEY 906 DE 2004 CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Sin perjuicio de lo anterior, no debe perderse de vista que el registro personal cumple importantes finalidades en relación con la investigación penal y el esclarecimiento de los delitos, como quedó visto en acápites previos. De allí que resulte imperioso verificar si existe alguna alternativa interpretativa que permita armonizar dicho enunciado con la Carta Política, se insiste, en la medida que cumple fines trascendentales para el desarrollo de los postulados constitucionales asociados al poder punitivo del Estado. De manera preliminar, es necesario aclarar que, de acuerdo con la doctrina¹²⁴, esta clase de ejercicio interpretativo supone maximizar el principio de conservación del derecho y «efectivizar, en la mayor medida posible, las razones axiológicas que lo justifican»¹²⁵, de manera que la tensión entre categorías jurídicas pueda resolverse no mediante la anulación de una u otra, sino a través de la armonización de los postulados que las integran. A continuación, se aplicarán estas pautas al asunto en estudio.

123. *Ibidem*. El proceso de registro se traduce en un mecanismo de modulación y control del ser humano que incide en su personalidad, a través de su ámbito psicológico. «Esta lectura realizada de Mecanismos psíquicos del poder establece que el poder social se transmuta en psíquico y produce, por una parte, ciertas modalidades de reflexividad en el sujeto, por otra, ciertas formas de corporalidad, y finalmente, limita sus formas de socialidad (cuyos contenidos están en relación con la categoría social específica/s por la que es interpelado dicho sujeto)».

124. BARAK, A. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra, 2017, p. 89. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-149 de 2009, C-499 de 1998 y C-349 de 2017.

125. *Ibidem*.

Quedó explicado que el registro personal contenido en la norma objetada cumple importantes fines superiores, relacionados con la persecución del delito y el aseguramiento de los medios materiales probatorios que garanticen una pronta y cumplida justicia, en línea con lo considerado en la sentencia C-822 de 2005. De ahí que, de entrada, la norma deba permanecer en el ordenamiento, en aras de satisfacer el adecuado ejercicio del poder punitivo del Estado.

Se aclaró, no obstante, que de esa norma también se desprende una ramificación problemática, consistente en la exigencia de que coincida el sexo entre quienes intervienen en el procedimiento. A pesar de que la misma no superó el test de igualdad, se observa que hay una opción interpretativa que permite ajustarla al ordenamiento superior, equilibrando la satisfacción de los principios que gobiernan el procedimiento penal y la protección de los derechos de quienes intervienen en los trámites de esa naturaleza y de la sociedad en general.

Según se explicó, conservar la medida en estudio, sin ninguna clase de matiz o limitación, supone un trato discriminatorio que no solo desconoce derechos constitucionales, sino que soslaya la protección reforzada que merecen las personas con identidad de género diversa. Con todo, descartar tajantemente la posibilidad de compatibilizar el género de las personas que participan en el registro personal conllevaría consecuencias indeseables, al no definir parámetros precisos para garantizar que dicho procedimiento respete la dignidad e intimidad de las personas, lo que terminaría entorpeciendo la materialización de los fines del mismo, ante la evidente dificultad de coaccionar a cada individuo para que acepte la injerencia de otro sujeto con el que considera no sentirse cómodo en ese ámbito¹²⁶.

A nuestro juicio, esto se evitaría si se entendiera que el registro debe practicarse respetando el *género* de la persona a registrar, sin que ello signifique que ese aspecto siempre deba coincidir entre esta y la autoridad que lo llevará a cabo. En ese sentido, antes de proceder a su práctica, debe obtenerse el consentimiento de quien será sometido al mismo, para que ratifique al funcionario cuyo género considere que es compatible con el suyo. Como se advirtió, la identidad de género parte del supuesto de que no hay posibilidad de establecer exhaustivamente rótulos que abarquen todas las formas de autopercepción de cada persona, lo que también denota la dificultad material de que el Estado disponga de un funcionario diferente por cada concepción autorreferente de quien es sometido a la diligencia. De ahí que no sea siempre posible garantizar que quienes intervienen en ella coincidan en ese aspecto, lo cual reafirma la necesidad de obtener el consentimiento de la persona para que acepte voluntariamente a quien ha de practicarle el procedimiento.

Cabe considerar el eventual escenario en que la persona sencillamente manifieste no sentirse a gusto con ningún funcionario disponible. Esta hipótesis ya fue prevista por la Corte en la sentencia C-822 de 2005, en la cual consideró que la primera

126. COOK, Rebecca y CUSACK, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales trasnacionales*. Trad. Andrea Parra. Bogotá: Profamilia, 2010, p. 23.

opción siempre será obtener el consentimiento de la persona. Sin embargo, en la medida en que esta se niegue a otorgarlo, deberá acudir nuevamente ante el juez de control de garantías para que este determine las condiciones en que habrá de practicarse el registro, ponderando las circunstancias particulares del caso y, especialmente, teniendo en cuenta el grado de afectación que puede tener el derecho a la identidad de género en relación con los beneficios a obtener con la aplicación de la medida.

Esta interpretación de la norma demandada optimiza la aplicación de los principios y derechos involucrados, sin sacrificar o anular aquellos que sustentan la medida objeto de análisis. En efecto, esta lectura:

- (i) *Aboga por la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la identidad de género.* En efecto, la medida prevista en el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, entendida en los términos anteriormente definidos, permite que las autoridades conserven una herramienta eficaz para obtener los elementos necesarios en orden a investigar conductas penales, sin llegar a comprometer injustificadamente la concepción autorreferente que cada persona tiene de sí misma. De ese modo, no se impondrían las conjeturas del funcionario competente sobre la perspectiva binaria que divide a los seres humanos en virtud de lo que indica su documento de identidad o de características externas, como sus dimensiones corporales, sus genitales, sus movimientos o su forma de vestir. En contraste, se reforzaría la protección y el reconocimiento institucional de la construcción identitaria que cada quien desea imaginar, desarrollar y expresar.
- (ii) *Opera como una garantía a favor de las personas relacionadas con la investigación.* En efecto, la medida entendida en los términos antedichos permite que la persona sometida al registro tenga la certeza de que, en principio, no será coaccionada ni forzada indebidamente a ser sujeto de revisión por una persona con que considera que su género no es compatible, sino que, de manera previa, siempre solicitará su consentimiento sobre el particular. Aunado a ello, se le garantiza que esas iniciativas probatorias no solo serán evaluadas por el fiscal en los términos expuestos anteriormente, sino por el juez, quien ponderará la eventual afectación de los derechos en juego, incluido el derecho a la identidad de género, en aras de determinar si el registro personal realmente es una medida razonable y proporcionada, lo que fortalece los principios de transparencia, objetividad e imparcialidad en la actuación. Finalmente, si por alguna razón no es posible obtener el consentimiento de la persona, una vez más intervendrá el juez, como efecto de la protección automática del derecho a la intimidad.
- (iii) *Se trata de una medida afirmativa que impide la violencia institucional.* Como se advirtió, la jurisprudencia constitucional ha reconocido, de forma reiterada, que las personas con identidad de género diversa constituyen un grupo tradicionalmente invisibilizado y marginado, especialmente en ámbitos policiales que involucran contacto físico orientado a realizar labores de control o recaudar evidencias

relevantes para una investigación¹²⁷. En ese contexto, establecer que el *género* sea empleado como parámetro para definir el funcionario que ejecutará el registro personal se traduce en un mecanismo que contribuiría a superar las barreras de inclusión que históricamente han enfrentado esas comunidades, particularmente, las que provienen del Estado. Además, con ello se fortalecería el ideal pluralista en el que se cimienta la Constitución Nacional, la cual redundaría en los beneficios de garantizar que exista una sociedad diversa en la que concurren todas las perspectivas y visiones del mundo, sin etiquetas basadas en el sexo.

(iv) *Observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el ámbito procesal.* En efecto, no impone una carga desmedida a las autoridades a cargo de la investigación, al paso que implica un ejercicio responsable y consciente de las competencias a su cargo. En ese sentido, se advierte que el requerimiento del consentimiento previo de la persona y la eventual intervención del juez de garantías para que evalúe la procedibilidad del registro, lejos de suponer actuaciones sin propósito, reflejan la necesidad de ejecutar ponderadamente las competencias investigativas a cargo de la Fiscalía General de la Nación, además de constituir un medio que legitima su función y la compatibiliza con la Constitución.

En todo caso, se insiste, las condiciones anteriormente establecidas de ninguna manera significarían una potestad ilimitada para oponerse al registro. Desde luego, siempre se privilegiará la aceptación voluntaria expresada sin ninguna presión por parte del involucrado. Sin embargo, el juez de garantías estará plenamente facultado para disponer la continuación del procedimiento, incluso en ausencia de tal manifestación, previa realización de un ejercicio de ponderación que le permita determinar las condiciones bajo las cuales habrá de respetarse la dignidad y el derecho a la identidad de género de la persona a registrar.

7. CONSIDERACIONES FINALES

La identidad de género constituye una importante dimensión de la vivencia humana, amparada por los derechos a la dignidad humana, la igualdad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. No obstante, en diferentes escenarios asociados a la justicia penal ha resultado invisibilizada. Es el caso de la previsión contenida en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 que, al imponer un estándar basado en el concepto de «sexo» para realizar las diligencias de registro personal, termina por anular la capacidad de cada persona para definirse y expresarse más allá de sus características biológicas. En efecto, su realización no puede someterse a ese criterio, pues sustituiría la concepción autorreferente de cada persona por los prejuicios y suposiciones de la

127. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-033 de 2022.

autoridad competente sobre lo que visualmente entiende como mujer u hombre, partiendo de las manifestaciones físicas (como sus dimensiones corporales, sus genitales, sus movimientos o su forma de vestir) y/o sociales del género o de lo que indique el documento de identidad —que muchas veces no refleja el género—. Esto pone de relieve la importancia no solo de obtener el consentimiento de la persona sometida al registro, sino de sensibilizar y capacitar a los encargados de practicarlo para que reconozcan y respeten la identidad de género de las personas, independientemente de lo que diga su documento de identidad o sugiera su apariencia y sus caracteres sexuales. En ese contexto, al emplear criterios como el sexo, la norma en mención anula el derecho a desarrollar y expresar la identidad de género de forma libre y autónoma, al paso que introduce un factor de discriminación para las personas que no se conciben dentro de las categorías biológicas socialmente definidas.

Por lo anterior, este trabajo pretende someter a discusión una alternativa interpretativa que permita armonizar las finalidades que persigue el registro personal con los estándares de protección del derecho a la identidad de género. De ese modo, se plantea que: (i) el registro sea practicado respetando el *género* de la persona a registrar; (ii) antes de proceder a su práctica, debería obtenerse el consentimiento de quien será sometido al mismo, para que ratifique al funcionario cuyo género considere que es compatible con el suyo, sin que ello signifique que ese aspecto siempre deba coincidir entre quienes intervienen en la diligencia, y (iii) en la medida en que el sujeto a registrar se niegue a otorgar su consentimiento, el fiscal deberá acudir nuevamente ante el juez para que este determine las condiciones en que habrá de practicarse el registro, ponderando las circunstancias particulares del caso y, especialmente, teniendo en cuenta el grado de afectación que puede tener el derecho a la identidad de género en relación con los beneficios a obtener con la aplicación de la medida.

Cabe anotar que, si bien una solución menos compleja consistiría en entender que lo que la norma aludida realmente refiere es que el «género» coincida entre quienes intervienen en la diligencia, lo cierto es que no contribuiría necesariamente a solucionar la problemática en estudio, puesto que, en todo caso, la norma seguiría incluyendo la expresión «[p]ara practicar este registro se designará a persona del mismo...», es decir, todavía impondría que el «género» de quienes intervienen en la diligencia corresponda entre sí, lo cual podría resultar problemático, si se tiene en cuenta que, en todo caso, el «género» abarca múltiples identidades que incluso pueden variar de un momento a otro, tanto en el plano personal como social, luego pareciera finalmente imposible garantizar que quienes participan en la actuación converjan en ese aspecto.

Sin perjuicio de la propuesta interpretativa descrita anteriormente, las disertaciones realizadas en este trabajo ponen de relieve la necesidad de plantear una reforma legislativa que optimice el ámbito de protección del derecho a la identidad de género. Un esfuerzo muy relevante en esa materia lo constituye el Proyecto de Ley n.º 122 de 2024, el cual pretende formular una regulación integral sobre tal derecho y su ejercicio en diferentes ámbitos, como educación, vivienda, salud, seguridad social, participación, deporte y recreación, entre otros. Además, propone la creación de mecanismos

que faciliten la expresión y el respeto de las identidades de género diversas, resaltando la importancia de que los diferentes escenarios de interacción entre el Estado y los ciudadanos se enmarquen en políticas de no discriminación. Sin embargo, este proyecto no contiene referencias específicas a los escenarios punitivos ni a aspectos del procedimiento penal, como aquel que fue objeto de este estudio, lo cual reafirma la necesidad de evaluar una fórmula integral que regule decididamente figuras como el registro corporal.

Aunado a ello, pensando en la estructuración de políticas públicas, también se advierten algunos esfuerzos de la Rama Ejecutiva¹²⁸ que buscan visibilizar la necesidad de que las autoridades ejerzan sus competencias respetando plenamente el derecho a la identidad de género. En ese sentido, se han sistematizado diferentes conceptos que facilitan una comprensión amplia de la vivencia de cada persona «como parte del camino de las transformaciones y recorridos que ha tenido el enfoque de género, orientaciones sexuales e identidades de género no normativas, tanto en sus vivencias cotidianas como en sus experiencias de interacción con las entidades públicas»¹²⁹. Sin embargo, no se advierten orientaciones concretas en materia de política criminal que reflejen un compromiso serio que garantice un tratamiento digno para las personas con identidades de género diversas en los escenarios punitivos.

Si se analiza esta problemática desde una perspectiva comparada en el ámbito latinoamericano¹³⁰, también se observan diferentes esfuerzos en países como Brasil, Argentina, Uruguay y Chile, de cara al reconocimiento pleno de las diferentes expresiones del género, en aspectos relacionados, por ejemplo, con la prevención de la homofobia o la reasignación del sexo definido al nacer. No obstante, en esas naciones no parecen estarse adoptando medidas en materia penal que se orienten a dignificar la aplicación de las leyes relativas a la investigación y el juzgamiento de crímenes¹³¹. Entretanto, en países como México, el «Protocolo de Actuación para el Personal de las Instancias de Procuración de Justicia del País, en Casos que Involucren la Orientación Sexual o la Identidad de Género»¹³² señala que las revisiones de carácter corporal «deberán realizarse por personal especializado del mismo sexo, o del sexo que

128. Al respecto, el Departamento Administrativo de la Función Pública de Colombia, en 2022, expidió dos documentos relevantes: (i) *Lineamientos para incorporar el enfoque de género, orientaciones sexuales e identidades de género no heteronormativas, en la rendición de cuentas y el servicio a las ciudadanías*; y (ii) *Lineamientos para la inclusión del enfoque de orientaciones sexuales e identidades de género diversas (OSIGD) en las políticas orientadas a mejorar la relación Estado-ciudadanía*.

129. *Ibidem*.

130. VERGÉS, Alfonso; VUANELLO, Roxana; VALDEBENITO, Erika y ORTIZ, Yessica. Legislación Comparada sobre Identidad de Género en América Latina. En *IX Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXIV Jornadas de Investigación. XIII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR*.

131. *Ibidem*.

132. Disponible en: https://fgr.org.mx/swb/FEMDH/Protocolo_LGBTI

las personas elijan»¹³³, es decir que, al igual que en Colombia, no tiene en cuenta el concepto de género como parte de la expresión de la personalidad de cada individuo, sino que lo continúa limitando con base en la asignación biológica y binaria asociada al «sexo».

Todo esto demuestra la importancia de dar un debate amplio sobre las normas del sistema penal que, al imponer parámetros atentatorios del derecho a la identidad de género, terminan por sentar las bases de comportamientos institucionales discriminatorios de las minorías que desarrollan y expresan su personalidad de forma diversa.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* [en línea]. 1998, 51(1-3), pp. 365-587 [fecha de consulta: 02/10/2024]. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo%3Fcodigo%3D234093&ved=2ahUKEwiE3euctPGIAX6QzABHeavFUIQFnoECBcQAQ&usq=AOvVaw139po-neo1T_qzNZ_MscwS
- BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra, 2017.
- BERNAL, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en línea], 2003, n.º 26, pp. 225-238 [fecha de consulta: 02/10/2024]. Disponible en: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/estructura-y-limites-de-la-ponderacin-0/>
- BUTLER, Judith. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- BUTLER, Judith. *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós, 2006.
- BUTLER, Judith. *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós, 2007.
- CABRERA SUÁREZ, Lizandro Alfonso. Ponderación de los derechos constitucionales: principios y valores en Colombia. *DIXI* [en línea]. 2020, 22(1), pp. 1-17 [fecha de consulta: 02/10/2024]. Disponible en: <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/3823>
- CASTRO ORTIZ, L. *Derechos Fundamentales de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgéneros e Intersexuales (LGBTI) en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, 7 de agosto de 2020.
- COOK, Rebecca y CUSACK, Simone. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Trad. Andrea Parra. Bogotá: Profamilia, 2010.

133. *Ibidem*. Cfr. GUERRERO ANDRADE, Irán y RUIZ URREA, Linda. Comparando la protección de la identidad de género de las mujeres trans privadas de la libertad en Colombia y México. *Cuest. Const.* [online]. 2023, n.º 49, pp. 179-208. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932023000200179&lng=es&nrm=iso

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-594 de 1993.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-447 de 1995.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-478 de 1998.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-499 de 1998.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-337 de 1999.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1404 de 2000.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-310 de 2002.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-314 de 2002.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-584 de 2002.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-204 de 2003.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-662 de 2004.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-822 de 2005.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-789 de 2006.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-469 de 2008.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1033 de 2008.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-149 de 2009.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-600 de 2010.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-062 de 2011.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-314 de 2011.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-977 de 2012.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-565 de 2013.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-912 de 2013.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-073 de 2014.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-387 de 2014.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-476 de 2014.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-804 de 2014.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-148 de 2015.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063 de 2015.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-099 de 2015.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-583 de 2016.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007 de 2016.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-077 de 2016.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-363 de 2016.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-096 de 2017.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-349 de 2017.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-629 de 2017.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-675 de 2017.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2018.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-143 de 2018.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-288 de 2018.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-100 de 2019.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-345 de 2019.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-356 de 2019.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-335 de 2019.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-444 de 2019.
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-447 de 2019.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-420 de 2020.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-192 de 2020.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-236 de 2020.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-443 de 2020.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-029 de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-119 de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-440 de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-002 de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-068 de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-111 de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-277 de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-383 de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-033 de 2022.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-408 de 2023.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-064 de 2023.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-067 de 2023.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-136 de 2024.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-188 de 2024.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Duque contra Colombia*”, sentencia del 26 de febrero de 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Flor Freire Vs. Ecuador*”, sentencia del 31 de agosto de 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Vicky Hernández y otras contra Honduras*”, sentencia del 26 de marzo de 2021.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre de 2017.
- COURTIS, Christian. El Juego de los Juristas, ensayo de Caracterización de la Investigación Dogmática. En Courtis, Christian (Coord.). *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid, 2006.
- DAICH, Deborah y VARELA, Cecilia (Coords.). *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*. Buenos Aires: Biblos, 2020.
- Departamento Administrativo de la Función Pública de Colombia. *Lineamientos para incorporar el enfoque de género, orientaciones sexuales e identidades de género no heteronormativas, en la rendición de cuentas y el servicio a las ciudadanías* [en línea]. Bogotá, 2022 [fecha de consulta: 05/12/2024]. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/sites/default/files/2024-06/DOCUMENTO-2024-%28Lineamientosparaincorporarelenfoquede%29.pdf>
- Departamento Administrativo de la Función Pública de Colombia. *Lineamientos para la inclusión del enfoque de orientaciones sexuales e identidades de género diversas (OSIGD) en las políticas orientadas a mejorar la relación Estado-ciudadanía* [en línea]. Bogotá, 2022 [fecha de consulta: 05/12/2024]. Disponible en: https://www1.funcionpublica.gov.co/web/eva/biblioteca-virtual/-/document_library/bGsp2ljUBdeu/view_file/41158607

- GARCÍA-LEIVA, Patricia. Identidad de género: Modelos explicativos. *Escritos de Psicología* [en línea]. 2005, n.º 7, pp. 71-81. Málaga: Universidad de Málaga [fecha de consulta: 02/10/2024]. Disponible en: <https://revistas.uma.es/index.php/espsi/article/view/13400>
- GIRALDO, Octavio. El machismo como fenómeno psicocultural. *Revista Latinoamericana de Psicología* [en línea]. 1972, 4(3), pp. 295-309. Bogotá: Fundación Universitaria Konrad Lorenz [fecha de consulta: 02/10/2024]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/805/80540302.pdf>
- GÓMEZ RESTREPO, Alejandro *et al.* *La realidad de la discriminación. Situación de derechos humanos de las personas LGBTIQ+ en Colombia*. Bogotá: Colombia Diversa, 2023.
- GUERRERO ANDRADE, Irán y RUIZ URREA, Linda. Comparando la protección de la identidad de género de las mujeres trans privadas de la libertad en Colombia y México. *Cuest. Const.* [online]. 2023, n. 49 [fecha de consulta: 05/12/2024]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932023000200179&lng=es&nrm=iso
- HARARI, Yuval Noah. *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Undécima reimpresión. Ciudad de México: Penguin Random House, 2017.
- LÓPEZ MEDINA, Diego y MOLANO SIERRA, Edwin. La cosa juzgada constitucional a sus 30 años de evolución: flexibilización del principio y nuevo balance entre estabilidad y cambio en el control constitucional de las leyes *Revista de Derecho del Estado* [en línea]. Ago. 2021, n.º 50, pp. 261-291. Bogotá: Universidad Externado de Colombia [fecha de consulta: 02/10/2024]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/7432>
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2006.
- Principios de Yogyakarta, *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Marzo de 2007.
- PUJAL LLOMBART, Margot y AMIGOT LEACHE, Patricia. El binarismo de género como dispositivo de poder social, corporal y subjetivo. *Quaderns de Psicologia* [en línea]. 2010, 12(2), p.p. 131-148. [fecha de consulta: 02/10/2024]. Disponible en: <https://quadernsdepsicologia.cat/article/view/v12-n2-pujal-amigot/717>
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando y ARMENTA ARIZA, Angélica. Igualdad, razonabilidad y género en los procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* [en línea]. 2012, 14(2), pp. 37-70. [fecha de consulta: 02/10/2024]. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2070>
- SUÁREZ CABRERA, Julia Marcela (Coord.). *Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales*. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2016.
- VERGÉS, Alfonso; VJANELLO, Roxana; VALDEBENITO, Erika y ORTIZ, Yessica. Legislación Comparada sobre Identidad de Género en América Latina. En *IX Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXIV Jornadas de Investigación. XIII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR* [en línea], 2017 [fecha de consulta: 05/12/2024]. Disponible en: <https://www.aacademica.org/ortizya/4.pdf>
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000.