

Expediente D-14665

Página de

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA C-059 DE 2023

Referencia: Expediente D-14665

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4 (parágrafo 1°), 12 (literal k), 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017, “por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”

Demandante: Michael Steven Osorio Gómez.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial de la prevista por el artículo 241.4 de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. I. ANTECEDENTES

1. El 4 de febrero de 2022, el ciudadano Michael Steven Osorio Gómez acusó la inconstitucionalidad de los artículos 4 (parágrafo 1°), 12 (literal k), 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017, “por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”. Luego, en auto del día 21 del mes y año en cita, el magistrado sustanciador inadmitió la demanda, al considerar que la acusación planteada no cumplía con el requisito de la debida formulación del concepto de la violación, al no atender las cargas de certeza,

especificidad, pertinencia y suficiencia que han sido expuestas por la Corte, entre otras, en las sentencias C-1052 de 2001 y C-104 de 2016.

2. El 28 de febrero de 2022, el accionante presentó escrito de corrección frente a los cargos inadmitidos, en el que circunscribió el debate a la supuesta introducción en los preceptos legales demandados de un trato discriminatorio directo en contra del género masculino contrario a los artículos 13 y 43 del texto superior, por virtud del cual se le otorga a la mujer la posibilidad de escoger si presta o no el servicio militar, salvo cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine, como facultad que no tiene el hombre, para quien el servicio siempre será obligatorio y siempre deberá definir su situación militar.

3. A través de auto del 11 de marzo de 2022, el magistrado sustanciador admitió la demanda en relación con el único cargo propuesto y dispuso la práctica de varias pruebas orientadas a conocer los debates que antecedieron a la aprobación de la Ley 1861 de 2017, así como a identificar el ámbito de aplicación de los preceptos acusados y los efectos que ellos producen.

4. Una vez concluida la etapa de admisión y recibidas las pruebas solicitadas, (a) se corrió traslado de la demanda a la Procuraduría General de la Nación, para que dicha autoridad rindiera el concepto de su competencia (CP arts. 278.5 y 242.4) y, además, (b) se ordenó comunicar el inicio de este proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República, al Ministro de Justicia y del Derecho, y al Director de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que, si lo estimaban conveniente, y en desarrollo de lo previsto en el artículo 244 del texto superior, indicaran las razones para justificar la declaratoria de exequibilidad o inexequibilidad de los preceptos acusados. Por último, por su experticia en la materia, (c) se invitó a participar en este juicio a varias entidades, asociaciones y universidades, con el fin de que presentaran su opinión sobre el asunto objeto de controversia.

5. Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

A. A. NORMAS DEMANDADAS

6. A continuación, se transcribe el texto de los preceptos demandados conforme con su publicación el Diario Oficial No. 50.315 del 4 de agosto de 2017, destacando y subrayando los

aportes cuestionados:

LEY 1861 DE 2017

(agosto 4)

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

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA

Artículo 4o. Servicio militar obligatorio. El servicio militar obligatorio es un deber constitucional dirigido a todos los colombianos de servir a la patria, que nace al momento de cumplir su mayoría edad para contribuir y alcanzar los fines del Estado encomendados a la Fuerza Pública.

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional, y las instituciones públicas con los beneficios y exclusiones que establece la presente ley, salvo para quienes ejerzan el derecho fundamental a la objeción de conciencia.

Parágrafo 1o. La mujer podrá prestar el servicio militar de manera voluntaria y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta ley.

Parágrafo 2o. Por ningún motivo se permitirá a la fuerza pública realizar detenciones ni operativos sorpresa para aprehender a los colombianos que a ese momento no se hubieran presentado o prestado el servicio militar obligatorio.

**

Artículo 12. Causales de exoneración del servicio militar obligatorio. Están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en los siguientes casos: (...) k) Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil;

**

Artículo 29. Colombianos residentes en el exterior. A los varones colombianos residentes en el exterior, se les aplicará lo dispuesto en el artículo 17 de la presente ley sobre inscripción.

Igualmente resolverán su situación militar de manera definitiva, demostrando una residencia mínima de tres (3) años en el exterior, por intermedio de las autoridades consulares correspondientes.

**

Artículo 30. Colombianos por adopción. Los varones colombianos por adopción residentes en el país definirán su situación militar de conformidad con la presente ley, siempre y cuando no lo hayan hecho en el país de origen.

**

Artículo 31. Colombianos con doble nacionalidad. Los varones colombianos, por nacimiento con doble nacionalidad definirán su situación militar de conformidad con la presente ley.

Parágrafo. Se exceptúan de este artículo los jóvenes colombianos, por nacimiento, que presenten comprobantes de haber definido su situación militar en cualquiera de los Estados a los que pertenezca una de sus otras nacionalidades.

B. PRETENSIÓN Y CARGO DE LA DEMANDA

7. Conforme se mencionó con anterioridad, el accionante circunscribe el juicio de constitucionalidad a la supuesta introducción en los preceptos legales demandados de un trato discriminatorio directo en contra del género masculino contrario a los artículos 13 y 43 del texto superior. En este sentido, en criterio del demandante, el artículo 4, parágrafo 1º, de la Ley 1861 de 2017 constituye la base del trato discriminatorio que se cuestiona, pues se trata de una norma basada en un estereotipo, por virtud del cual se le otorga a la mujer la posibilidad de escoger si presta o no el servicio militar, salvo cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine, como derecho que no tiene el hombre o varón, para quien el servicio siempre será obligatorio y siempre deberá definir su situación militar (con algunas excepciones que excluyen dicho deber y con la alternativa de invocar la

objeción de conciencia), de suerte que se le niega a este último la facultad de decidir sobre su futuro y proyecto de vida.

8. Con base en lo anterior, el actor considera que se desconoce (i) el artículo 13 superior, en el que se ordena que todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades y “gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo”, ya que no se le otorga al hombre el derecho “de acceder a la posibilidad de escoger (...) si desea prestar o no el servicio militar (...)”, como sí se autoriza respecto de las mujeres, y (ii) el artículo 43 de la Carta, en el que se establece que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades”, pues “no hay paridad en la posibilidad de que [el servicio militar] sea voluntario para los hombres y mujeres, y obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine”.

9. Para el accionante, en su trasfondo, el artículo 4, parágrafo 1º, de la Ley 1861 de 2017, está señalando que “la mujer al igual que el hombre cuando el país lo exija y el Gobierno Nacional lo determine, son aptos para defender el Estado colombiano, entonces, quiere decir esta ley que, tanto el hombre como la mujer, están en iguales condiciones de defender el país, pero cuando se trata de obtener el mismo beneficio, que en principio el servicio militar sea voluntario, (...) ahí si deja de existir la paridad entre mujer y hombre (...)”, con la gravedad de que si este último decide no presentarse a definir su situación militar será categorizado como remiso y se le impondrán multas por virtud de la ley.

10. Por esta razón, el accionante precisa que su pretensión es que, “tanto para el hombre como para la mujer, en principio el servicio militar sea voluntario, y obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine, de esta manera, [se estaría] cerrando una brecha más (...) en la histórica desigualdad entre hombres y mujeres, respetando la igualdad consagrada en el texto superior (...)”.

11. A continuación, a juicio del demandante, el artículo 12, literal k, de la Ley 1861 de 2017, no hace nada distinto a convertirse en una clara evidencia “(...) de la creación de estereotipos de género (...), ya que, si se es varón, debe [prestar] el servicio militar obligatorio, pero si cambia su componente al sexo [femenino] en [el] registro civil, (...) entra entonces en una causal de exoneración”.

12. Lo mismo ocurre con los artículos 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017, que son una

exteriorización del trato discriminatorio que se cuestiona, pues tan solo se refieren al género masculino con la denominación de varones, para efectos de establecer obligaciones relacionadas con la prestación del servicio militar obligatorio, perpetuando estereotipos de género. Por ello, el actor concluye que, así como “[n]o es posible permitir una discriminación más a las que han estado sometidas las mujeres, tanto directa como indirectamente por décadas, (...) de igual manera, tampoco es lógico permitir que, en la lucha contra la discriminación de género, se sigan creando a estas alturas del siglo 21, estereotipos de género contra el varón u hombre”.

13. Por consiguiente, para el demandante, es claro que la Corte tiene el deber de garantizar que el hombre y la mujer reciban el mismo trato, en lo referente a la obligación de prestar el servicio militar, porque expresamente la Carta excluye las discriminaciones y prohíbe la parcialidad en la aplicación de las normas. De ahí que, si el texto superior, en el artículo 13, exige dar las mismas oportunidades, los hombres también deben tener el derecho a decidir si desean o no prestar el servicio militar en condiciones de normalidad.

C. INTERVENCIONES

14. Durante el trámite del presente asunto se recibieron oportunamente siete escritos de intervención. En general, (i) seis le piden a esta corporación que declare exequibles los preceptos legales acusados, incluyendo tres de ellos una propuesta alternativa para que se disponga o se exhorte el cambio del servicio militar de obligatorio a voluntario para todos los colombianos y las colombianas; y (ii) un último documento de intervención ciudadana en el que se propone la declaratoria de exequibilidad del literal k) del artículo 12, junto con la declaratoria de inexecutable del parágrafo 1º del artículo 4 y de las expresiones “varón” de los artículos 11, 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017, incluyendo una advertencia y condicionando la exequibilidad del resto del contenido normativo de los citados artículos 4, 11, 29, 30 y 31, “(...) en el entendido de que no serán sujetos de la prestación del servicio militar obligatorio y definición de la situación militar las mujeres mayores de 18 años al momento de la presentación de la acción de inconstitucionalidad del ciudadano Michael Steven Osorio Gómez o [a] la ejecutoria de la sentencia respectiva”. Por último, (iii) cabe aclarar que uno de los intervinientes cuestionó la aptitud de la demanda.

15. Intervención que cuestiona la aptitud de la demanda. Para el Ministerio de Defensa

Nacional, en lo que atañe a los artículos 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017, la demanda no presenta “argumentaciones claras sobre la presunta inconstitucionalidad de cada una de las normas demandadas, [pues] realiz[a] unas afirmaciones genéricas; sus razonamientos son carentes de certeza, se basaron en interpretaciones meramente subjetivas de los textos acusados, en deducciones y supuestos; también sus argumentos fueron genéricos, indeterminados y faltos de especificidad, tampoco fueron pertinentes al no plantear un problema de constitucionalidad, sino quizás de conveniencia[,] (...) con el fin de utilizar al Alto Tribunal para lograr la eliminación del servicio militar obligatorio por vía jurisprudencial, con simples puntos de vista. Finalmente, (...) lo aducido no fue suficiente, al no generar una duda razonable respecto de la constitucionalidad de las disposiciones demandadas, con elementos probatorios conducentes”.

16. Solicitudes de exequibilidad de las normas demandadas y de cambio en el servicio militar de obligatorio a voluntario para todos los colombianos y las colombianas

17. Primero: Solicitudes que apuntan exclusivamente a la exequibilidad. La mayoría de los intervinientes señalan que los artículos 13 y 43 de la Constitución autorizan al Legislador para brindar tratamientos diferenciados entre hombres y mujeres, desde la diversidad y la desigualdad material en que encuentran estas últimas, a partir del enfoque diferencial que obliga a proteger a grupos marginados o discriminados, como ocurre con las mujeres.

18. De ahí que, si bien el artículo 13 superior cuenta con una cláusula de prohibición expresa de discriminación por razones de sexo, se ha admitido como excepción la posibilidad de implementar normas que apelen al citado criterio como elemento de distinción, siempre que ello se produzca con el fin de impulsar la realización de los derechos, esto es, de establecer acciones afirmativas a su favor. Precisamente, este mandato se origina del deber del Estado de proteger especialmente a las mujeres (CP arts. 13 y 43), dada su situación histórica de marginación, lo que implica adoptar las medidas necesarias que permitan superar dicha situación, hasta tanto ella haya cesado. Sin embargo, se aclara que toda acción o política que se adopte “(...) no debe tener como trasfondo una supuesta protección que se sustente en la asunción de la mujer (...) de los roles tradicionales a los cuales se ha visto sometida históricamente. Esto es que no implique una discriminación indirecta”.

19. En virtud de lo anterior, se considera que el análisis del principio de igualdad en torno a

la prestación del servicio militar entre hombres y mujeres debe tener una valoración de connotación material y no simplemente formal, conforme con la cual no cabe la regulación diferente de supuestos iguales o análogos, a la vez que se exige prescripciones normativas disímiles entre supuestos distintos. Tal circunstancia es la que se ha advertido en la regulación sobre la materia y que, en su momento, condujo a la declaratoria de exequibilidad de una regla que ya preveía el servicio militar voluntario en las mujeres, consagrada en el parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993.

20. Dicha determinación se adoptó en la sentencia C-511 de 1994, en la que se justificó la distinción de trato entre hombres y mujeres, por los siguientes motivos: (i) los hombres están “mejor habilitados” para el “desempeño de las labores de la guerra”, por lo que la diferencia “consulta elementos culturales relacionados con la educación, especialmente física, de la mujer en nuestro medio”; y (ii) esta última ha estado en una posición social menguada o desigual que genera obstáculos a su igualdad sustancial, especialmente en materia de educación y trabajo.

21. Lo anterior se ratificó en la sentencia C-007 de 2016, en la que se demandó el mismo artículo de la Ley 48 de 1993 y se dispuso estarse a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994, aclarando que la decisión adoptada en esa oportunidad, se fundamentó “(...) no en las referidas razones vinculadas a estereotipos incompatibles con el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos, sino en las disposiciones constitucionales que permiten –e incluso ordenan– la implementación de acciones afirmativas a favor de las mujeres. En efecto, tal y como lo reconoció este Tribunal –incluso antes de la sentencia C-511 de 1994– la igualdad de los sexos dispuesta por la Constitución impone, no solo (i) la prohibición de discriminación fundada en el género (arts. 13., inc. 1° y 43 -primera y segunda frases-) sino también (ii) la obligación de las autoridades públicas de adoptar medidas positivas que aseguren la plena e igual participación y desarrollo de la mujer, en todos los ámbitos de la vida familiar y comunitaria (arts. 13 inc. 2, 43 -tercera y cuarta frases- y 53)”.

22. Por los mismos motivos que fueron expuestos en las citadas sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, se considera que la Corte debe declarar la exequibilidad de los preceptos ahora demandados, pues ellos tienen en cuenta “(...) las diferencias sociales, culturales, políticas y económicas, entre otras, que permiten identificar a las mujeres en su diversidad y diferencias como sujetos que históricamente han afrontado discriminación por ser mujeres”,

tan solo excluyendo la referencia a los roles de género que fueron invocados en la primera de las providencias en mención.

24. Por lo demás, se afirma que permitir la libertad de los hombres en la decisión de elegir si se presta o no el servicio militar conduciría a que no se contaría con el pie de fuerza necesario para atender las necesidades de defensa y seguridad que requiere la Nación, ni con las reservas para enfrentar una eventual agresión externa a la soberanía, la independencia, la integridad territorial o el orden constitucional.

25. Particularmente, el Ministerio de Defensa Nacional, aun cuando solicita la declaratoria de exequibilidad de los preceptos legales demandados, propone que dicha decisión, en lo que atañe al parágrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017, se justifique en el reconocimiento de una cosa juzgada material frente a lo decidido por la Corte en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, en lo referente al parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, pues se trata de normas que regulan la misma materia y cuyas pretensiones de ambos accionantes se sustentan en una idéntica lesión de los artículos 13 y 43 de la Constitución, por vulnerar, supuestamente, el derecho a la igualdad de los hombres.

26. Por su parte, en lo que corresponde a los artículos 12, literal k), 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017, el Ministerio de Defensa Nacional afirma que debe “(...) seguirse el precedente establecido en la sentencia C-511 de 1994 (...), en la que se definió el alcance de la expresión varón, frente a lo cual no encontró la Corte Constitucional el quebrantamiento de los preceptos establecidos en los artículos 13 y 43 de la Carta Magna (...)”. En efecto, el cuestionamiento que en esta oportunidad se realiza, se contrae a un cargo único consistente en el trato discriminatorio del género masculino, basado en un estereotipo, asunto que ya fue resuelto por este tribunal en la citada providencia, en la que se concluyó que existen razones de orden biológico y social para brindar un trato diferencial entre hombres y mujeres, especialmente, por la situación de desigualdad material en que se encuentra esta última, por la marginación histórica de la que ha sido objeto.

27. Segundo: Solicitudes de exequibilidad que proponen un cambio del servicio militar de obligatorio a voluntario para todos los colombianos y las colombianas. En primer lugar, la Universidad Externado de Colombia afirma que no existe cosa juzgada material respecto de los preceptos demandados, por los cambios sociales que se han producido. En particular,

alude a los salvamentos y aclaraciones de voto de la sentencia C-007 de 2016, en los que se expuso que no puede afirmarse que proceda esta figura, cuando para su declaratoria se toma como base una decisión (la sentencia C-511 de 1994), en la que se “(...) perpetua estereotipos de género que no se corresponden con el significado material de la Constitución viviente que tanto ha propendido por la igualdad y la equidad de género”.

28. En este sentido, a juicio del interviniente, las mujeres y los hombres deben ser productivamente iguales y, por lo tanto, deben irse desmantelando “(...) los tradicionales privilegios masculinos en la vida pública, pero sobre todo en el mundo del trabajo. [Y, en esa línea,] (...) los privilegios tradicionales de las mujeres (en este caso: la exención del servicio militar) siguen oponiéndose a ello.”

29. La exclusión entonces de las mujeres del servicio militar obligatorio es “(...) una reliquia histórica que debe ser eliminada. El hecho de que no existan razones objetivas para esta discriminación contra los hombres, es decir, que las mujeres sean tan aptas o no para el servicio militar como los hombres, se desprende del hecho de que pueden realizar este servicio voluntariamente, sin embargo, no están obligadas a hacerlo. (...)”

30. En consecuencia, en su criterio, en un país que transita en tiempo de paz no existe la necesidad de obligar a los colombianos a prestar el servicio militar, ni a discriminar por razones de género ni sexo a los varones. Por ello, se abroga porque se “reconozca la posibilidad de decidir el prestar servicio militar de manera voluntaria tanto para hombres como para mujeres y demás géneros, sin que esta sea la única posibilidad de resolver el asunto”.

31. En segundo lugar, para la Universidad de los Andes, más allá de señalar que podría darse un escenario de cosa juzgada relativa, estima que en el asunto bajo examen no se presenta ninguno de los motivos que permiten enervar la cosa juzgada material, por cuanto, “(...) [i] no se evidencia una modificación del parámetro de control (...); [ii] no se ofrecieron argumentos sólidos que evidencien un cambio en la significación material de la Constitución respecto a la norma cuestionada. (...) [y] [iii] tampoco se logra evidenciar una variación del contexto normativo del objeto de control, es decir, la necesidad de realizar una nueva ponderación de valores o principios constitucionales a partir del cambio de contexto en el que se inscribe la disposición acusada. Esto debido a que en la demanda no se plantea un

argumento en este sentido”.

32. Por lo demás, el interviniente cuestiona la aproximación propuesta por el accionante, la cual considera que no está llamada a prosperar, en tanto la “discusión jurídica no debe tener como punto de partida el principio de igualdad y no discriminación que alega el actor en favor de los hombres, porque jurídicamente este principio tiene excepciones diferenciadas que se concretan en las acciones afirmativas o de discriminación positiva dirigidas de forma exclusiva a grupos históricamente vulnerados o excluidos de la escena pública como las niñas, adolescentes, mujeres y grupos de mujeres quienes han sido las víctimas más visibles de las violencias por razones de sexo y género que hacen parte de las categorías subdiferenciales del enfoque diferencial y de grados de vulnerabilidad que se pueden cruzar interseccionalmente, lo cual ha sido ampliamente abordado por diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre ellos, la sentencia C-511 de 1994.” Esto fue advertido, además, en el auto 092 de 2008, que da cuenta de patrones predominantes de violencia sexual por parte de los actores armados ilegales y legales, que incluyen a la fuerza pública, en el marco del conflicto armado interno.

33. En este orden de ideas, la discusión no se debe encauzar en un problema de igualdad, sino de reformulación de la institución, porque perpetúa imaginarios de masculinidad, que no se avienen con una sociedad en construcción de la paz. Desde esta perspectiva, el servicio militar debería ser voluntario para todas las personas que estén facultadas para ello, pues se trata de una práctica asociada con la convicción, el interés, la capacidad y la motivación personal. Por lo anterior, “[d]esde el escenario académico (...) [se tiene] la convicción de que la condición de voluntariedad del servicio militar es un debate que se debe dar en la escena pública y especialmente en una sociedad cruzada por la violencia[.] [L]as condiciones socio políticas del momento deben conllevar a replantear las formas de relacionamiento y desarrollar acciones disruptivas que desoculten el entramado de patrones de género que hay tras la figura del servicio militar obligatorio y que tienen afectaciones diferenciales, de manera que favorezcan avances significativos en la construcción de culturas de paz”.

34. En tercer lugar, para la Universidad Libre, las normas demandadas, “lejos de reforzar un estereotipo basado en el género, como erróneamente lo infiere el demandante, constituye una acción afirmativa coherente con los principios y valores establecidos en la Constitución, especialmente con el de la igualdad.”

35. Así las cosas, al establecer en la legislación una acción afirmativa que les permite a las mujeres, sin distinción alguna, la posibilidad de escoger si desean o no prestar el servicio militar, “no se está afirmando un estereotipo según el cual ellas son delicadas, débiles y temerosas que deben ser rescatadas, mientras que los hombres son los héroes fuertes y valientes que las rescatan.” Por el contrario, lo que se busca es salvaguardar a un grupo de especial protección que ha padecido en el país de una violencia exacerbada en su contra, al tiempo que se garantiza su derecho a la autodeterminación como manifestación de la dignidad humana, en la esfera correspondiente al derecho a vivir como se quiera.

36. De este modo, frente al primer argumento, se destaca que en Colombia “las mujeres han tenido que soportar pesadas cargas por causa de la guerra. Las mujeres indígenas, afrodescendientes y campesinas son quienes han tenido que [asumir] las mayores pérdidas, sus cuerpos han sido objetivados como territorio de la guerra por todos los actores armados, incluyendo los estatales. El deber del Estado es mantener a las mujeres alejadas de la guerra, y no aumentar su grado de exposición, como pretende la demanda.” Y, respecto del segundo de los argumentos planteados, la prestación del servicio militar obligatorio para las mujeres sería una carga desproporcionada para realizar su derecho a la autodeterminación, cuando, como se ha advertido por este tribunal, son las mujeres jóvenes quienes más se ven discriminadas “en materia de acceso al mercado de trabajo y a los estudios superiores, lo que profundizaría la desigualdad”, situación que todavía persiste en el país.

37. Finalmente, se señala que existe una tendencia global a implementar legalmente el servicio militar voluntario, con excepciones como ocurre con Israel o Venezuela, tal y como se evidencia con las reformas adoptadas en Perú, Argentina, España o Chile, por lo que propone que la Corte recomiende la adopción de este enfoque no solo para las mujeres, sino también para los hombres.

38. Solicitud ciudadana que propone, entre otras, la inexequibilidad del parágrafo 1° del artículo 4 y de las expresiones “varón” de los artículos 11, 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017, con lo cual se infiere que se trata de pretensiones que buscan la prestación del servicio militar obligatorio tanto para hombres como para mujeres. El ciudadano Harold Sua Montaña considera que en relación con la controversia planteada debe aplicarse un juicio integrado de igualdad de intensidad estricta. De esta manera, en su criterio, “el contexto actual de la mujer en las fuerzas militares descarta la inexistencia de una incapacidad innata de dicho

sexto para la vida militar y ello genera sospecha de desigualdad [en] su exclusión [de] la obligación de prestar servicio militar devenida de una diferenciación proscrita en el artículo 13 constitucional (el sexo per se).” De ahí que, consagrar el servicio militar obligatorio para ambos sexos, “(...) contribuiría a romper la brecha de exclusión de la mujer en la vida militar y la política pública del sector defensa[,] a través de condicionalidades normativas sobre ello e integración de los artículos en materia de definición de la situación militar tendientes a reestructurar el sistema castrense empleando modelos operacionales menos beligerantes con perspectiva sexual diferencial inclusiva[,] respetando las situaciones particulares y concretas ya en firme con los efectos jurídicos definitivos de las normas acusadas frente al trámite de la acción de la referencia (...)”.

39. Con base en lo anterior, el interviniente concluye que: “(...) la Corte está llamada a declarar inexecutable el parágrafo 1º del artículo 4; executable el literal k) del artículo 12 e inexecutable la palabra ‘varón’ del parágrafo 1º del artículo 4 y los artículos 11, 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017 acompañada de una condicionalidad con la cual haya un régimen de transición para la prestación del servicio militar obligatorio por parte de las mujeres[,] además de indicar (...) [que respecto de ellas también son aplicables] (...) las causales de exoneración o desacuartelamiento del servicio militar como de la clasificación y cuota de compensación militar ajenas a las pretensiones del accionante”.

D. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

40. En escrito del 14 de septiembre de 2022, la Procuradora General de la Nación rindió el concepto a su cargo y le solicitó a la Corte declarar la executibilidad de los preceptos acusados. Para comenzar, puntualizó que el actor propone un juicio en el que busca que los hombres, al igual que las mujeres, puedan prestar el servicio militar de manera voluntaria y que, de no hacerlo, se produciría un trato discriminatorio en su contra que vulneraría lo dispuesto en los artículos 13 y 43 de la Carta.

41. Sobre la base de lo anterior, la Vista Fiscal señala que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es posible que el Legislador establezca tratos diferenciados basados en el género, siempre que se busque atender escenarios de vulnerabilidad o superar la discriminación que padecen las mujeres, siendo insuficiente “la sola invocación de la condición femenina para predicar la constitucionalidad de medidas protectoras en favor de

las mujeres”.

42. De esta manera, la exequibilidad de un trato diferencial depende de su razonabilidad, para lo cual se ha acogido como método de examen el juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia, el cual exige establecer, en un primer momento, si las medidas adoptadas se orientan a conseguir un fin constitucionalmente importante y, a continuación, si ellas son efectivamente conducentes para alcanzar dicho propósito.

43. En primer lugar, en cuanto al fin constitucionalmente importante de la medida, se señala que en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, este tribunal resaltó que la voluntariedad en la prestación del servicio militar por parte de las mujeres apunta a “paliar o remediar la tradicional inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo”, circunstancia que aún persiste, como se advierte de la siguiente información consolidada, a saber: (i) “la tasa de desempleo de las mujeres no ha alcanzado nunca valores de un dígito y ha sido superior a la de los hombres en por lo menos 4,9 puntos porcentuales”; (ii) “existe una brecha salarial de género, pues por cada 100 pesos que recibe un hombre por concepto de ingresos laborales totales, una mujer devenga 87,1 pesos”; (iii) las mujeres invierten más tiempo en el trabajo doméstico y de cuidado, llegando en Colombia a un 49% del tiempo de trabajo no remunerado; (iv) “tres de cada 10 mujeres no cuentan con ingresos propios, a diferencia de los hombres, donde la proporción disminuye a 1 de cada 10”; y (v) “los logros de las mujeres en espacios de escolaridad no se han traducido en la inserción al mercado laboral, ni en una mejor calidad de los empleos en los que se incorporan, incluso cuando en la mayoría de los casos su nivel educativo es superior al de los hombres”.

44. A la finalidad previamente expuesta, cabe adicionar que el trato diferenciado también se justifica en la necesidad de responder a la situación de violencia que han padecido las mujeres en el marco del conflicto armado por la existencia de estereotipos en su contra. Sobre el particular, se resalta que “(...) la violencia de género sigue siendo utilizada por los actores armados ilegales como instrumento de regulación social”, y que un “número significativo de crímenes –principalmente homicidios, torturas, mutilaciones y actos de violencia sexual, así como hostigamientos, amenazas y persecuciones– contra las mujeres tienen como móvil sus relaciones afectivas, de amistad o familiares con alguno de los miembros de los grupos armados ilegales que operan en el país o de la Fuerza Pública,

independientemente de que tales relaciones sean reales o presuntas, o hayan sido deliberadas, accidentales o de parentesco”.

45. Con sustento en estos objetivos, la Vista Fiscal concluye que las normas acusadas son efectivamente conducentes para alcanzar dichos fines. Ello es así, por una parte, porque facilitan el ingreso de las mujeres “a la educación superior y promueve[n] su acceso al mercado del trabajo, (...) pues las releva[n] de prestar el servicio militar que constituye una exigencia que podría impedir o alterar el normal curso de sus actividades educativas y laborales”. Y, por la otra, porque les permite “atender la situación especial de violencia que [han padecido] en el marco del conflicto armado, (...) [al no tener que] (...) dedicar [sus] primeros años de vida productiva a recibir instrucción castrense [y al poder] (...) alejarse del escenario bélico, en el cual han sido históricamente violentadas”.

46. En consecuencia, a juicio de la Procuraduría General de la Nación, las normas acusadas no desconocen los mandatos de igualdad que se prevén en el texto superior (arts. 13 y 43), ya que la distinción de trato que en ellas se contempla corresponde en realidad a una medida afirmativa a favor de las mujeres que cumple con el criterio de razonabilidad. Lo anterior, sin perjuicio de la competencia que mantiene el Congreso de la República “para modificar las condiciones de prestación del servicio militar en los términos del artículo 216 de la Carta Política, la cual le permite reformar los eventos en los que el mismo es obligatorio y sus modalidades de operación”.

47. Resumen de las intervenciones y del concepto de la Procuraduría. En el siguiente cuadro se abrevian la totalidad de las intervenciones y solicitudes formuladas en relación con las normas objeto de control:

Cuestionamiento/Comentario

Solicitud

Procuradora General de la Nación

La Procuradora puntualizó que el actor propone un juicio en el que busca que los hombres, al igual que las mujeres, puedan prestar el servicio militar de manera voluntaria y que, de no hacerlo, se produciría un trato discriminatorio en su contra que vulneraría lo dispuesto en los artículos 13 y 43 de la Carta.

Al respecto, la Vista Fiscal señala que la exequibilidad de un trato diferencial depende de su razonabilidad, para lo cual se ha acogido como método de examen el juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia. De manera que, en cuanto a los fines constitucionalmente importantes de la medida, se afirma que apunta a “paliar o remediar la tradicional inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo”, así como a la necesidad de responder a la situación de violencia que han padecido en el marco del conflicto armado, por la existencia de estereotipos de género.

Con sustento en estos objetivos, se concluye que las normas acusadas son efectivamente conducentes para alcanzar dichos fines, por una parte, porque facilitan el ingreso de las mujeres “a la educación superior y promueve[n] su acceso al mercado del trabajo, (...) pues las releva[n] de prestar el servicio militar que constituye una exigencia que podría impedir o alterar el normal curso de sus actividades educativas y laborales”. Y, por la otra, porque les permite “atender la situación especial de violencia que [han padecido] en el marco del conflicto armado, (...) [al no tener que] (...) dedicar [sus] primeros años de vida productiva a recibir instrucción castrense [y al poder] (...) alejarse del escenario bélico, en el cual han sido históricamente violentadas”.

En este sentido, lejos de vulnerar la Constitución, la distinción de trato que se cuestiona corresponde en realidad a una medida afirmativa a favor de las mujeres que cumple con el criterio de razonabilidad.

Exequibles

Ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña

El interviniente considera que en relación con la controversia planteada debe aplicarse un juicio integrado de igualdad de intensidad estricta. De esta manera, en su criterio, “el

contexto actual de la mujer en las fuerzas militares descarta la inexistencia de una incapacidad innata de dicho sexo para la vida militar y ello genera sospecha de desigualdad [en] su exclusión [de] la obligación de prestar servicio militar devenida de una diferenciación proscrita en el artículo 13 constitucional (el sexo per se).” De ahí que, consagrar el servicio militar obligatorio para ambos sexos, “(...) contribuiría a romper la brecha de exclusión de la mujer en la vida militar y la política pública del sector defensa[,] a través de condicionalidades normativas sobre ello e integración de los artículos en materia de definición de la situación militar tendientes a reestructurar el sistema castrense empleando modelos operacionales menos beligerantes con perspectiva sexual diferencial inclusiva[,] respetando las situaciones particulares y concretas ya en firme con los efectos jurídicos definitivos de las normas acusadas frente al trámite de la acción de la referencia (...)”.

Con base en lo anterior, el interviniente concluye que: “(...) la Corte está llamada a declarar inexecutable el párrafo 1° del artículo 4; executable el literal k) del artículo 12 e executable la palabra ‘varón’ del párrafo 1° del artículo 4 y los artículos 11, 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017 acompañada de una condicionalidad con la cual haya un régimen de transición para la prestación del servicio militar obligatorio por parte de las mujeres[,] además de indicar (...) [que respecto de ellas también son aplicables] (...) las causales de exoneración o desarmamentamiento del servicio militar como de la clasificación y cuota de compensación militar ajenas a las pretensiones del accionante”.

La condicionalidad que se propone conduce a señalar que “(...) no serán sujetos de la prestación del servicio militar obligatorio y definición de la situación militar[,] las mujeres mayores de 18 años al momento de la presentación de la acción de inconstitucionalidad (...) o [de] la ejecutoria de la sentencia respectiva”.

Inexecutable el párrafo 1° del artículo 4 y las expresiones “varón” de los artículos 11, 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017

Secretaría de la Mujer de Bogotá D.C.

Las acciones afirmativas a favor de las mujeres no pueden interpretarse como una violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 constitucional, por el contrario, son una

estrategia para su materialización, toda vez que el concepto de igualdad es relacional, lo que conlleva un análisis concreto en el que se determinen las diferencias y se identifiquen situaciones de discriminación histórica o brechas de desigualdad que en un Estado Social de Derecho deben ser corregidas.

La prestación del servicio militar voluntario para las mujeres responde a una acción afirmativa y desarrollo del artículo 13 de la Constitución Política de 1991, que establece la garantía de la igualdad formal y material.

La voluntariedad del servicio militar para las mujeres es una acción afirmativa en favor de ellas, que encuentra sustento en las desigualdades históricas que afrontan por el hecho de ser mujeres. Esta es una medida necesaria para promover la garantía de sus derechos y la disminución de brechas de desigualdad en razón del género, que se acentúan, especialmente, en contextos de conflicto armado interno.

Exequibles

Departamento Nacional de Planeación

El interviniente alude a las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, destacando que, respecto de esta última, al igual que en la actual demanda, los accionantes estimaron que la voluntariedad en el servicio militar para las mujeres era contraria al derecho a la igualdad, por establecer una diferencia injustificada entre hombres y mujeres.

Los motivos que condujeron a declarar la exequibilidad del párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, excluyendo las diferencias de orden biológico y psico-afectivo, persisten en la actualidad, ya que “la distinción que hace el Legislador en el aparte normativo demandado no está dada en el nivel de los derechos que son inherentes a las personas en razón de su dignidad –que es igual en hombres y mujeres– sino que se da en el nivel en el que hombres y mujeres son distintos, constitucionalmente, razón por la cual le está permitido al Legislador establecer esta diferencia de trato, en virtud de la cual no se configura trato diferente e injustificado que efectivamente constituya una discriminación prohibida por el ordenamiento superior, (...) [pues] (...) la distinción realizada (...) [es] una medida establecida en beneficio

de la mujer como sujeto de especial protección en ejercicio del principio de reserva de ley para la limitación de los derechos constitucionales, en este caso, de la igualdad y la libertad personal”.

Finalmente, el interviniente destaca que la incorporación de las mujeres en las instituciones que integran la fuerza pública ha aumentado, llegando a casi un 12% del total del personal activo, incluso con tres mujeres en el cargo de General (una mayor general y dos brigadieres generales). En concreto, anexa las siguientes cifras:

Categoría

Hombres

Mujeres

Total

% mujeres

Oficiales

5.833

1.691

22,47%

N. ejecutivo

115.356

14.645

129.971

11,26%

Suboficiales

53

15

68

22,05%

Agentes

255

4

259

1,54%

TOTAL

121.497

16.355

137.822

11,86%

Exequibles

Ministerio de Defensa Nacional

Para el Ministerio de Defensa Nacional, en lo que atañe a los artículos 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017, la demanda no presenta “argumentaciones claras sobre la presunta inconstitucionalidad de cada una las normas demandadas, [pues] realiz[a] unas afirmaciones genéricas; sus razonamientos son carentes de certeza, se basaron en interpretaciones

meramente subjetivas de los textos acusados, en deducciones y supuestos; también sus argumentos fueron genéricos, indeterminados y faltos de especificidad, tampoco fueron pertinentes al no plantear un problema de constitucionalidad, sino quizás de conveniencia[,] (...) con el fin de utilizar al Alto Tribunal para lograr la eliminación del servicio militar obligatorio por vía jurisprudencial, con simples puntos de vista. Finalmente, (...) lo aducido no fue suficiente, al no generar una duda razonable respecto de la constitucionalidad de las disposiciones demandadas, con elementos probatorios conducentes”.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio igualmente solicita la declaratoria de exequibilidad de todos los preceptos demandados. En lo que corresponde al párrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017, propone que dicha decisión se justifique en el reconocimiento de una cosa juzgada material frente a lo decidido por la Corte en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, en lo referente al párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, pues se trata de normas que regulan la misma materia y cuyas pretensiones de ambos accionantes se sustentan en una idéntica lesión de los artículos 13 y 43 de la Constitución, por vulnerar, supuestamente, el derecho a la igualdad de los hombres.

Por su parte, en lo que atañe a los artículos 12, literal k), 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017, el Ministerio de Defensa Nacional afirma que debe “(...) seguirse el precedente establecido en la sentencia C-511 de 1994 (...), en la que se definió el alcance de la expresión varón, frente a lo cual no encontró la Corte Constitucional el quebrantamiento de los preceptos establecidos en los artículos 13 y 43 de la Carta Magna (...)” . En efecto, el cuestionamiento que en esta oportunidad se realiza, se contrae a un cargo único consistente en el trato discriminatorio del género masculino basado en un estereotipo, asunto ya fue resuelto por la Corte en la citada providencia, en la que se concluyó que existen razones de orden biológico y social para brindar un trato diferencial entre hombres y mujeres, sobre todo, por la situación de desigualdad material en que se encuentra esta última, por la marginación histórica de la que ha sido objeto.

Por lo demás, para el interviniente, permitir la libertad de los hombres en la decisión de elegir si se presta o no el servicio militar conduciría a que no se contaría con el pie de fuerza necesario para atender las necesidades de defensa y seguridad que requiere la Nación, ni con las reservas para enfrentar una eventual agresión externa a la soberanía, la independencia, la integridad territorial o el orden constitucional.

Aunado a lo anterior, el Ministerio realiza una descripción de las distintas labores que se cumplen por todos los integrantes de la fuerza pública, para concluir que se requiere de soldados que presten el servicio militar obligatorio. En su criterio, de eliminar esta figura a través de la consagración de la voluntariedad en su prestación, se generaría el efecto de que “(...) todas las funciones que prestan los soldados conscriptos deberían ser asumidas por el personal de oficiales, suboficiales, soldados profesionales, infantes de marina [y] patrulleros. Todo ese personal se restaría a las funciones de vigilancia y operaciones militares en el territorio nacional. Sumado a ello, para cubrir las necesidades del servicio, se debería incorporar personal, lo que crearía la necesidad de un mayor presupuesto”.

Inhibición y exequibles

Universidad Externado de Colombia

En criterio de este interviniente no existe cosa juzgada material respecto de los preceptos demandados, por los cambios sociales que se han producido. En particular, refiere a los salvamentos y aclaraciones de voto de la sentencia C-007 de 2016, en los que se expuso que no puede afirmarse que proceda esta figura, cuando para su declaratoria se toma como base una decisión (la sentencia C-511 de 1994), en la que se “(...) perpetua estereotipos de género que no se corresponden con el significado material de la Constitución viviente que tanto ha propendido por la igualdad y la equidad de género”.

En este sentido, se afirma que no es posible sustentar la distinción de trato entre hombres y mujeres, en la tradición de algunos oficios y en elementos de naturaleza cultural relacionados con la educación de las mujeres –especialmente la física–, toda vez que esta argumentación se “contrapone con la actual política de eliminación de estereotipos de roles sociales de complementariedad, en donde, se consideró a la mujeres como un grupo social históricamente rezagado que obligó a la promoción de políticas de discriminación positiva en múltiples campos como, por ejemplo, el laboral y político”.

En este orden de ideas, el interviniente considera que las mujeres y los hombres deben ser productivamente iguales y que, por lo tanto, deben irse desmantelando “(...) los tradicionales privilegios masculinos en la vida pública, pero sobre todo en el mundo del trabajo. [Y que, en

esa línea,] (...) los privilegios tradicionales de las mujeres (en este caso: la exención del servicio militar) siguen oponiéndose a ello.”

La exclusión entonces de las mujeres del servicio militar obligatorio es, para este interviniente, “(...) una reliquia histórica que debe ser eliminada. El hecho de que no existan razones objetivas para esta discriminación contra los hombres, es decir, que las mujeres sean tan aptas o no para el servicio militar como los hombres, se desprende del hecho de que pueden realizar este servicio voluntariamente, sin embargo, no están obligadas a hacerlo. (...) En la experiencia comparada, (...) se evidencia que [en] países como Noruega, que ocupa el segundo puesto en el Ranking Global de la Brecha de Género 2020 , (...) todos los ciudadanos están obligados a presentarse ante la autoridad militar para ser evaluados en sus condiciones físicas y mentales, sin que exista una discriminación categórica fundada entre sexos y géneros.”

Sin embargo, en un país que transita en tiempo de paz no existe la necesidad de obligar a los colombianos a prestar el servicio militar, ni a discriminar por razones de género ni sexo a los varones. Por ello, se abroga porque se “reconozca la posibilidad de decidir el prestar servicio militar de manera voluntaria tanto para hombres como para mujeres y demás géneros, sin que esta sea la única posibilidad de resolver el asunto”.

Exequibles, extendiendo la prestación voluntaria a los hombres

Universidad de los Andes

La Universidad de los Andes, en primer lugar, considera que existe una cosa juzgada relativa respecto de la sentencia C-511 de 1994, porque si bien es cierto que la norma demandada es materialmente la misma (en referencia al parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, respecto del parágrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017) y las normas constitucionales presuntamente vulneradas también lo son, esto es, los artículo 13 y 43 del texto superior, se puede advertir un cambio en los argumentos propuestos por el aquí demandante, pues él alega “(...) que hay un mandato de igualdad consagrado en el Preámbulo y el artículo 13 de la Constitución Política (...) que se ve violado por la distinción de la norma demandada y que hay un mandato de igualdad de derechos y oportunidades

entre mujeres y hombres consagrado en el artículo 43 Superior. [Así, (...) la argumentación del accionante no está dirigida a sostener que las mujeres son capaces de prestar el [servicio militar obligatorio] y que, por lo mismo, deberían hacerlo, sino que se encamina a que hay un mandato constitucional de igualdad que hace imperativo que hombres y mujeres obtengan un mismo trato de la ley y, por lo tanto, se debe eliminar el [servicio militar obligatorio] para los hombres”.

En segundo lugar, estima que no se presenta ninguno de los motivos que permiten enervar la cosa juzgada material, por cuanto, “(...) [i] no se evidencia una modificación del parámetro de control (...); [ii] no se ofrecieron argumentos sólidos que evidencien un cambio en la significación material de la Constitución respecto a la norma cuestionada. (...) [y] [iii] tampoco se logra evidenciar una variación del contexto normativo del objeto de control, es decir, la necesidad de realizar una nueva ponderación de valores o principios constitucionales a partir del cambio de contexto en el que se inscribe la disposición acusada. Esto debido a que en la demanda no se plantea un argumento en este sentido”.

Por lo demás, el interviniente cuestiona la aproximación propuesta por el accionante, la cual considera que no está llamada a prosperar, en tanto la “discusión jurídica no debe tener como punto de partida el principio de igualdad y no discriminación que alega el actor en favor de los hombres, porque jurídicamente este principio tiene excepciones diferenciadas que se concretan en las acciones afirmativas o de discriminación positiva dirigidas de forma exclusiva a grupos históricamente vulnerados o excluidos de la escena pública como las niñas, adolescentes, mujeres y grupos de mujeres quienes han sido las víctimas más visibles de las violencias por razones de sexo y género que hacen parte de las categorías subdiferenciales del enfoque diferencial y de grados de vulnerabilidad que se pueden cruzar interseccionalmente, lo cual ha sido ampliamente abordado por diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre ellos, la sentencia C-511 de 1994.” Esto fue advertido, además, en el auto 092 de 2008, que da cuenta de patrones predominantes de violencia sexual por parte de los actores armados ilegales y legales, que incluyen a la fuerza pública, en el marco del conflicto armado interno.

Por consiguiente, “no es pertinente argüir en aras del principio de igualdad que se imponga una misma carga social relativa al servicio militar a ambos géneros porque ello es contravenir precisamente la naturaleza y razón de ser de los enfoques diferenciales y los

análisis interseccionales. Las luchas históricas por el reconocimiento de los derechos de las mujeres no pueden confundirse con una reduccionista y equívoca interpretación del derecho a la igualdad (...). De ahí que, el actor “(...) malinterpreta el enfoque de género e interseccional y lo usa indebidamente a favor de los hombres por una inexistente desigualdad de género, la voluntariedad del servicio para las mujeres no es una violación del derecho a la igualdad de los hombres sino una acción de discriminación positiva (...)”.

En este orden de ideas, la discusión no se debe encauzar en un problema de igualdad, sino de reformulación de la institución, porque perpetúa imaginarios de masculinidad, que no se avienen con una sociedad en construcción de la paz. Desde esta perspectiva, el servicio militar debería ser voluntario para todas las personas que estén facultadas para ello, pues se trata de una práctica asociada con la convicción, el interés, la capacidad y la motivación personal. Por lo anterior, “[d]esde el escenario académico (...) [se tiene] la convicción de que la condición de voluntariedad del servicio militar es un debate que se debe dar en la escena pública y especialmente en una sociedad cruzada por la violencia[.] [L]as condiciones socio políticas del momento deben conllevar a replantear las formas de relacionamiento y desarrollar acciones disruptivas que desoculten el entramado de patrones de género que hay tras la figura del servicio militar obligatorio y que tienen afectaciones diferenciales, de manera que favorezcan avances significativos en la construcción de culturas de paz”.

Exequibles, sin perjuicio del debate político sobre la libertad en la prestación del servicio militar

Universidad Libre

Para la Universidad Libre, las normas demandadas, “lejos de reforzar un estereotipo basado en el género, como erróneamente lo infiere el demandante, constituye una acción afirmativa coherente con los principios y valores establecidos en la Constitución, especialmente con el de la igualdad. // [L]a acción afirmativa (...) es un mecanismo de corrección de las desigualdades históricamente constituidas, precisamente creada con el objetivo, entre otros, de contribuir a erradicar los estereotipos.”

Al establecer en la legislación una acción afirmativa que les permite a las mujeres, sin

distinción alguna, la posibilidad de escoger si desean o no prestar el servicio militar, “no se está afirmando un estereotipo según el cual ellas son delicadas, débiles y temerosas que deben ser rescatadas, mientras que los hombres son los héroes fuertes y valientes que las rescatan.” Por el contrario, lo que se busca es salvaguardar a un grupo de especial protección que ha padecido en el país de una violencia exacerbada en su contra, al tiempo que se garantiza su derecho a la autodeterminación como manifestación de la dignidad humana, en la esfera correspondiente al derecho a vivir como se quiera.

De este modo, frente al primer argumento, se destaca que en Colombia “las mujeres han tenido que soportar pesadas cargas por causa de la guerra. Las mujeres indígenas, afrodescendientes y campesinas son quienes han tenido que [asumir] las mayores pérdidas, sus cuerpos han sido objetivados como territorio de la guerra por todos los actores armados, incluyendo los estatales. El deber del Estado es mantener a las mujeres alejadas de la guerra, y no aumentar su grado de exposición, como pretende la demanda.” Y, respecto del segundo de los argumentos planteados, la prestación del servicio militar obligatorio para las mujeres sería una carga desproporcionada para realizar su derecho a la autodeterminación, cuando, como se ha advertido por este tribunal, son las mujeres jóvenes quienes más se ven discriminadas “en materia de acceso al mercado de trabajo y a los estudios superiores, lo que profundizaría la desigualdad”, situación que todavía persiste en el país.

Finalmente, se señala que existe una tendencia global a implementar legalmente el servicio militar voluntario, con excepciones como ocurre con Israel o Venezuela, tal y como se evidencia con las reformas adoptadas en Perú, Argentina, España o Chile, por lo que propone que la Corte recomiende la adopción de este enfoque no solo para las mujeres, sino también para los hombres.

Exequibles, sin perjuicio del debate político sobre la libertad en la prestación del servicio militar

. CONSIDERACIONES

A. A. COMPETENCIA

48. 48. La Corte Constitucional es competente para resolver la controversia planteada según lo dispuesto por el artículo 241.4 del texto superior, en cuanto se trata de una acción

promovida por un ciudadano en contra de una ley expedida por el Congreso de la República, en ejercicio de las atribuciones previstas en los artículos 114 y 150 de la Constitución.

49. Antes de proceder con el examen de fondo en relación con la acusación formulada, es preciso abordar varias cuestiones previas que surgen de las intervenciones que fueron realizadas durante el trámite de este proceso. En concreto, en primer lugar, se debe verificar si en este caso se satisfacen los requisitos de aptitud de la demanda. En segundo lugar, si cabe integrar la unidad normativa frente a otros preceptos consagrados en la Ley 1861 de 2017, que no fueron acusados, pero que, al parecer, guardan una relación directa con el asunto objeto de controversia. Y, en tercer lugar, si se está en presencia de una cosa juzgada constitucional respecto de lo resuelto por la Corte en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016. A continuación, se adelantará el análisis de cada uno de estos asuntos en el orden en que fueron previamente expuestos.

B. PRIMERA CUESTION PREVIA: EXAMEN DE APTITUD DE LA DEMANDA

50. Aptitud de la demanda. Reiteración de jurisprudencia. El Decreto Ley 2067 de 1991, que contiene el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional, en el artículo 2°, precisa que las demandas de inconstitucionalidad deben presentarse por escrito, en duplicado, y deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) señalar las normas que se cuestionan y transcribir literalmente su contenido o aportar un ejemplar de su publicación oficial; (ii) especificar los preceptos constitucionales que se consideran infringidos; (iii) presentar las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) si la acusación se basa en un vicio en el proceso de formación de la norma demandada, se debe establecer el trámite fijado en la Constitución para expedirlo y la forma en que éste fue quebrantado; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda. El tercero de los requisitos antedichos, que se conoce como el concepto de la violación, implica una carga material y no meramente formal, que lejos de satisfacerse con la presentación de cualquier tipo de razones, exige la formulación de unos mínimos argumentativos, que se deben apreciar a la luz del principio pro actione.

51. Tales mínimos han sido desarrollados, entre otras providencias, en las sentencias C-1052 de 2001, C-856 de 2005 y C-108 de 2021, y se identifican en la jurisprudencia como las cargas de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. Así, al decir de la Corte,

hay claridad cuando existe un hilo conductor de la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las cuales se soporta; hay certeza cuando la acusación recae sobre una proposición jurídica real y existente y no sobre una que el actor deduce de manera subjetiva; hay especificidad cuando se define o se muestra cómo la norma legal demandada vulnera la Carta; hay pertinencia cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no de estirpe legal, doctrinal, de conveniencia o de mera implementación; y hay suficiencia cuando la demanda tiene alcance persuasivo, esto es, cuando es capaz de suscitar una duda mínima sobre la validez de la norma demandada, con impacto directo en la presunción de constitucionalidad que le es propia.

52. Ahora bien, si bien por regla general el examen sobre la aptitud de la demanda debe realizarse en la etapa de admisibilidad, el ordenamiento jurídico permite que este tipo de decisiones se adopten en la sentencia, teniendo en cuenta que en algunas oportunidades el incumplimiento de los requisitos formales y materiales de la acusación no se advierte desde un principio, o los mismos suscitan dudas, o se prefiere darle curso a la acción para no incurrir en un eventual exceso formal frente al ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos. En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte ha distinguido ambas etapas procesales y ha manifestado que la decisión del ponente sobre la admisión no compromete la evaluación que, en términos de autonomía, puede realizar la Sala Plena sobre la aptitud sustancial de la demanda, ya que, a partir del desarrollo del proceso, esta autoridad tiene la posibilidad de efectuar un análisis con mayor rigor, detenimiento y profundidad sobre la acusación formulada, sobre la base de las distintas intervenciones y de los conceptos que se incorporan al expediente. Al respecto, este tribunal ha dicho que:

“Aun cuando en principio, es en el auto admisorio donde se define si la demanda cumple o no con los requisitos mínimos de procedibilidad, ese primer análisis responde a una valoración apenas sumaria de la acción, llevada a cabo únicamente por cuenta del magistrado ponente, razón por la cual, la misma no compromete ni define la competencia del Pleno de la Corte, que es en quien reside la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad”.

53. Aptitud en el caso concreto. En el asunto bajo examen, se observa que la Procuraduría General de Nación y la casi totalidad de las intervenciones realizadas concuerdan en que la demanda formulada satisface las exigencias previstas en el Decreto Ley 2067 de 1991 para

provocar un juicio de fondo. Tan solo uno de los intervinientes, en concreto, el Ministerio de Defensa Nacional, cuestiona la acusación planteada por el accionante frente a los artículos 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017.

54. Precisamente, en criterio de dicha autoridad, la impugnación que se realiza frente a los preceptos mencionados no presenta “(...) argumentaciones claras sobre la presunta inconstitucionalidad de cada una las normas demandadas, [pues] realiz[a] unas afirmaciones genéricas; sus razonamientos son carentes de certeza, se basaron en interpretaciones meramente subjetivas de los textos acusados, en deducciones y supuestos; también sus argumentos fueron genéricos, indeterminados y faltos de especificidad, tampoco fueron pertinentes al no plantear un problema de constitucionalidad, sino quizás de conveniencia[,] (...) con el fin de utilizar al Alto Tribunal para lograr la eliminación del servicio militar obligatorio por vía jurisprudencial, con simples puntos de vista. Finalmente, (...) lo aducido no fue suficiente, al no generar una duda razonable respecto de la constitucionalidad de las disposiciones demandadas, con elementos probatorios conducentes”.

56. Por esta razón, el accionante precisa que su pretensión es que, “tanto para el hombre como para la mujer, en principio el servicio militar sea voluntario, y obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine, de esta manera, [se estaría] cerrando una brecha más (...) en la histórica desigualdad entre hombres y mujeres, respetando la igualdad consagrada en el texto superior (...)”.

57. El actor considera entonces que se desconoce (i) el artículo 13 de la Carta, en el que se ordena que todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades y “gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo”, ya que no se le otorga al hombre el derecho “de acceder a la posibilidad de escoger (...) si desea prestar o no el servicio militar (...)”, como sí se autoriza respecto de las mujeres, y (ii) el artículo 43 de la Constitución, en el que se establece que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades”, ya que “no hay paridad en la posibilidad de que [el servicio militar] sea voluntario para los hombres y mujeres, y obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine”.

58. En línea con lo anterior, el accionante señala que el artículo 12, literal k, de la Ley 1861 de 2017 es una clara evidencia del trato discriminatorio que se demanda, y del estereotipo

de género que se introduce, “(...) ya que, si se es varón, debe [prestar] el servicio militar obligatorio, pero si cambia su componente al sexo [femenino] en [el] registro civil, (...) entra entonces en una causal de exoneración” .

59. Por último, plantea que los artículos 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017 son una extensión de la discriminación que alega, pues tan solo se refieren al género masculino con la denominación de “varones”, para efectos de establecer obligaciones relacionadas con la prestación del servicio militar obligatorio, perpetuando estereotipos de género.

60. En lo que respecta al juicio de igualdad, la jurisprudencia reiterada de la Corte ha condensado su desarrollo en dos etapas: (i) lo primero que debe advertir el juez constitucional es si los sujetos bajo revisión (o los supuestos o consecuencias jurídicas que se predicen de ellos) son susceptibles de ser comparados, pues en caso de que encuentre que son claramente distintos deberá declarar la exequibilidad de la norma, sin que pueda proseguirse con la siguiente etapa del juicio. Al contrario, si advierte que lo comparado, en principio, podría ser tratado de la misma forma, (ii) cabe continuar con el examen de adecuación, idoneidad y proporcionalidad del trato diferenciado que consagra la norma censurada, de acuerdo con el nivel de intensidad del juicio que corresponda, destacando los objetivos que se buscan por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlo y la relación entre medios y fines.

61. No obstante, para poder desarrollar el citado esquema de juicio, es preciso señalar que la jurisprudencia constitucional también ha sostenido que la viabilidad de un cargo por violación del derecho a la igualdad no se limita a la simple manifestación de considerar que las normas objeto de controversia establecen una discriminación y que, por ello, son contrarias al artículo 13 superior. En efecto, para poder establecer –en un marco relacional– si existe una diferencia de trato carente de justificación, es preciso que el demandante manifieste: (i) cuáles son los sujetos que se comparan y por qué ellos deberían recibir el mismo trato o, en otras palabras, se le asigna el deber de precisar el *tertium comparationis*; (ii) en qué sentido se presenta la diferenciación, esto es, definir “si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles”, y (iii) explicar por qué el tratamiento diferenciado no está constitucionalmente justificado.

62. La falta de cumplimiento de estas exigencias conduce a la desatención de las cargas de

pertinencia, especificidad y suficiencia previamente mencionadas. En cuanto a la carga de pertinencia, porque no se verificaría el juicio de contradicción normativa entre una norma de rango legal y una de rango constitucional, al limitarse el alcance de la acusación a una valoración de conveniencia sobre la distinción de trato consagrada en la ley. En relación con la carga de especificidad, porque no se exhibiría cuál es el problema de legitimidad constitucional que surge de la norma demandada, como consecuencia de la posibilidad que tiene el Legislador de prever consecuencias normativas distintas frente a supuestos de hecho no asimilables. Y, en cuanto a la carga de suficiencia, porque no existiría el mínimo razonamiento jurídico para cuestionar la presunción de constitucionalidad que cobija a todas las normas legales, por efecto del principio democrático.

63. En el asunto bajo examen, a pesar de que ningún interviniente ni la Procuraduría cuestiona la aptitud de la acusación realizada respecto del párrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017, así como del literal k) del artículo 12 de la misma ley, cabe precisar el alcance de la demanda y verificar si la misma satisface las exigencias propias del juicio de igualdad anteriormente mencionadas, para efectos de dar respuesta a la solicitud de inhibición formulada por el Ministerio de Defensa Nacional frente a los artículos 29, 30 y 31 de la citada Ley 1861 de 2017. Lo anterior, por cuanto parecería que el actor cuestiona, como un todo, los distintos preceptos invocados, a partir de la inclusión en las normas demandadas de las expresiones “mujer”, “varón”, “varones” y “hombre”.

64. Así las cosas, y como base del debate que se propone, la Corte advierte que el cargo que se formula por el accionante contra el párrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017 corresponde a un juicio de igualdad, por cuanto considera que el precepto demandado introduce una distinción de trato discriminatoria entre hombres y mujeres, basada en un estereotipo de género, en lo referente a la posibilidad de escoger si se presta o no el servicio militar (con excepción de los casos en que las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine), como alternativa que no se otorga a los hombres como sí ocurre respecto de las mujeres. Lo que se cuestiona entonces es el tratamiento diferencial que la regulación sobre la materia brinda a estas últimas, y no la circunstancia exclusiva de la obligatoriedad en el servicio militar por parte de los hombres.

65. Nótese que a través de este proceso no se busca (i) igualar a todos en que el servicio no sea obligatorio (consagrar únicamente el servicio militar voluntario), o (ii) igualar en que

resulte obligatorio el servicio para todos (establecer tan solo el servicio militar obligatorio). En cuanto a la primera opción, porque dicho juicio no sería propiamente un debate de igualdad, sino de una omisión legislativa relativa (esto es, dejar por fuera de la voluntariedad a un grupo que debería estar: los hombres), lo cual no corresponde con los argumentos planteados en la demanda, no se ajustaría a la carga argumentativa que se exige para este tipo de juicios y la acusación sería inepta e insuficiente para provocar un fallo de fondo. Y, respecto de la segunda, porque tampoco concuerda con el objeto de la impugnación realizada, tan es así que el propio accionante señala que su finalidad es que, “tanto para el hombre como para la mujer, en principio el servicio militar sea voluntario”.

66. Ahora bien, con base en la citada aclaración, se observa que la posibilidad de recurrir a la voluntariedad en el servicio como alternativa excluida a los hombres, se cuestiona objetivamente por razón del tratamiento diferencial que el régimen normativo impugnado les otorga a las mujeres. Por ello, se estima que se está en presencia de un estereotipo de género contra los hombres, puesto que las capacidades de ambos sexos permitirían otorgar una igualdad de trato. En este orden de ideas, el demandante no pretende eliminar el servicio militar o hacerlo obligatorio para todos, sino suprimir del ordenamiento jurídico la acción afirmativa que se brinda a las mujeres, con lo cual se logra que se torne en voluntario para todos, salvo cuando resulte obligatorio por las circunstancias del país, y así lo determine el Gobierno nacional.

67. El examen propuesto por el actor, en los términos previamente mencionados, satisface los requerimientos mínimos del juicio de igualdad, porque claramente (i) se identifica a los sujetos que se comparan y se invocan los motivos por los que deben recibir el mismo trato. En efecto, se alega que existe una discriminación hacia los hombres respecto del tratamiento diferencial que la ley brinda a favor de las mujeres, y que ello resulta injustificado, por cuanto consagra un estereotipo de género que vulnera los artículos 13 y 43 de la Carta. Sobre el particular, este tribunal ya ha advertido sobre la posibilidad de comparar a ambos grupos, cuando se invoca la existencia de un trato diferenciado sustentado en discriminación por razones de sexo. En este sentido, en la sentencia C-038 de 2021 se aclaró que “(...) el sexo es una categoría sospechosa, prohibida por la Constitución –artículo 13 C.P.–. El trato diferenciado que se sustente en este criterio se presume directamente discriminatorio y desconocedor del derecho a la igualdad, a menos que se demuestre la razonabilidad (...) de su uso. Con el objetivo de identificar los casos en los cuales las diferencias de trato

introducidas por el Legislador basadas en el sexo están justificadas y resultan medidas afirmativas y no de discriminación indirecta o paternalistas (...) desconocedoras del derecho a la igualdad, se hace necesario valerse de una metodología fundada en el principio de proporcionalidad, aplicable a través del juicio de razonabilidad.”

68. A lo cual se agrega la circunstancia de que también se precisa (ii) el sentido en el que se presenta la diferenciación, consistente en que frente a los hombres el servicio militar siempre será obligatorio y no se otorga el derecho a decidir, según el principio de voluntariedad, si se desea o no acceder a su prestación, como sí se autoriza, como regla general, respecto de las mujeres, salvo cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine. Y (iii) se exponen los motivos por los que el tratamiento diferenciado no estaría justificado, para lo cual se cuestiona la existencia misma de la acción afirmativa que se otorga a las mujeres, pues ambos sexos deben recibir el mismo trato y ambos deben tener la facultad de decidir sobre su futuro y proyecto de vida, de acuerdo con los artículos 13 y 43 de la Constitución.

69. Estas mismas razones se evidencian en la acusación formulada contra el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, en tanto que el accionante considera que dicha disposición es una clara evidencia “(...) de la creación [del] estereotipo de género (...)” que cuestiona, “ya que, si se es varón, debe [prestar] el servicio militar obligatorio, pero si cambia su componente al sexo [femenino] en [el] registro civil, (...) entra entonces en una causal de exoneración”. Bajo esta consideración, la citada norma reforzaría la distinción de trato que el actor considera contraria a la Carta, la cual parte de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017, y que excluye la voluntariedad en el servicio militar para los hombres.

70. Lo anterior no sucede frente a los otros artículos objeto de acusación, esto es, los artículos 29, 30 y 31 de la citada Ley 1861 de 2017, pues no se satisface frente a ellos la carga de certeza, en la medida en que tales disposiciones no resultan aplicables para las mujeres (cisgénero o transgénero), sino exclusivamente para los hombres, de allí que no sea posible asumir que en ellas se incorpora un trato discriminatorio. En efecto, el artículo 29 establece el deber de los varones colombianos residentes en el exterior de definir su situación militar, pues son quienes tienen que inscribirse hoy en día para cumplir con dicha carga, según lo estipula el artículo 17 de la ley en mención. El artículo 30 señala la obligación

que les asiste a los varones colombianos por adopción residentes en Colombia de definir igualmente su situación militar, siempre y cuando no lo hayan hecho en su país de origen. Y, por último, el artículo 31 también refiere al mismo deber de definir la situación militar respecto de los varones colombianos por nacimiento con doble nacionalidad, exceptuando a quienes presenten comprobantes de haber resuelto su situación, en los Estados a los que pertenezca una de sus otras nacionalidades.

71. Ningún de dichos supuestos jurídicos se predica de las mujeres, por lo que la acusación se funda en una apreciación subjetiva de los preceptos demandados que no corresponde con su tenor normativo real y existente, como lo exige la carga de certeza. Por tal motivo, la Corte se inhibirá de adoptar una decisión de fondo respecto de los artículos 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017, por la razón previamente expuesta. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala Plena mantendrá su competencia para juzgar el resto de las normas acusadas, al concluir que la demanda frente a ellas cumple con los requisitos exigidos en el Decreto Ley 2067 de 1991 y en la jurisprudencia reiterada de este tribunal, según lo manifestado previamente en esta sentencia.

C. C. SEGUNDA CUESTIÓN PREVIA: SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LA UNIDAD NORMATIVA

72. Uno de los intervinientes señala que el control de constitucionalidad a cargo de la Corte, en virtud de las razones formuladas por el actor, debe extenderse a la expresión “varón” que se incluye en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017. En particular, la citada disposición se refiere a la obligación general de definir la situación militar, la cual, conforme se explicó con anterioridad, se predica tan solo de los hombres.

73. Al respecto, cabe señalar que la integración de la unidad normativa es un mecanismo excepcional que se encuentra previsto en el inciso 3° del artículo 6 del Decreto Ley 2067 de 1991 y que “consiste en [la] facultad con la que cuenta la Corte Constitucional, [para] integrar enunciados o normas no demandadas, a efectos de ejercer debidamente el control constitucional y dar una solución integral a los problemas planteados por el demandante o los intervinientes”.

74. De forma reiterada, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que este mecanismo procede en tres casos: (i) cuando se demanda una disposición cuyo contenido deóntico no es claro o unívoco, de manera que para entenderla y aplicarla es imprescindible integrar su

contenido normativo con el de otro precepto que no fue acusado; (ii) cuando la norma censurada está reproducida en otras disposiciones que no fueron objeto de demanda; y (iii) cuando el precepto impugnado está intrínsecamente relacionado con un texto normativo que, a primera vista, genera serias dudas sobre su constitucionalidad. Frente a esta última hipótesis, esta corporación ha precisado que su configuración requiere la concurrencia de dos circunstancias, a saber: “(a) que la disposición demandada tenga estrecha relación con los preceptos que no fueron cuestionados y que conformarían la unidad normativa; y (b) que las normas no acusadas parezcan inconstitucionales”.

75. A partir de lo anterior, a juicio de este tribunal, no es posible decretar la unidad normativa que se solicita, pues la norma que se invoca por el interviniente regula la obligación de los varones de definir su situación militar, a partir de la fecha en que llegan a la mayoría de edad y hasta el día en que cumplan 50 años. Tal disposición no aplica ni dispone deber alguno a cargo de las mujeres (cisgénero o transgénero), por lo que no hay lugar a alegar ni predicar de ella la existencia del trato discriminatorio que se cuestiona. Por lo demás, los preceptos demandados y que habilitan el pronunciamiento de fondo en este caso (parágrafo 1° del artículo 4 y literal k) del artículo 12) tienen un contenido deóntico claro, por lo que no requieren del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017 para asegurar su entendimiento y aplicación; no se está en presencia de un texto legal reproducido; y tampoco el precepto que se invoca se encuentra inserto dentro de una estructura normativa que suscite dudas sobre su constitucionalidad.

76. En conclusión, esta corporación abordará únicamente el examen de las siguientes normas previstas en la Ley 1861 de 2017: (i) la expresión: “La mujer podrá prestar el servicio militar de manera voluntaria y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine” contenida en el parágrafo 1° del artículo 4; y (ii) la expresión: “Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil” contenida en el literal k) del artículo 12.

D. TERCERA Y ÚLTIMA CUESTIÓN PREVIA: LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

77. A partir de algunas de las intervenciones reseñadas, en el asunto bajo examen, se plantea la discusión sobre la posible existencia de una cosa juzgada frente al examen de constitucionalidad realizado por este tribunal en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de

2016 al parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”. Dicha disposición –que fue derogada con la entrada en vigor de la Ley 1861 de 2017–, en su versión original y conforme fue examinada en las providencias en cita, establecía lo siguiente:

“Artículo 10. Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller.

La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad.

Parágrafo. La mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley no importando la modalidad en que se preste el servicio.”

78. Generalidades sobre la cosa juzgada constitucional. Este tribunal ha señalado que se trata de una institución jurídica procesal que se basa en el artículo 243 de la Carta, mediante el cual se les otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. De ella surge una restricción negativa consistente en la imposibilidad de que el juez constitucional vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto. Esta figura ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta corporación en los que se ha destacado su finalidad, funciones y consecuencias, así como las distintas modalidades que puede presentar. Entre dichas modalidades, y en razón de lo expuesto por los intervinientes, cabe hacer referencia a las distinciones existentes entre (i) la cosa juzgada absoluta en relación con la cosa juzgada relativa, y (ii) la cosa juzgada formal frente a la cosa juzgada material.

79. Sin embargo, antes de proceder en dicho sentido, es preciso reiterar que la cosa juzgada constitucional así como sus efectos tienen fundamento (1) en la protección de la seguridad

jurídica que impone la estabilidad y certidumbre de las reglas que rigen la actuación de las autoridades y de los ciudadanos; (2) en la salvaguarda de la buena fe que exige asegurar la consistencia de las decisiones de la Corte; y; (3) en la condición de la Constitución como norma jurídica, en tanto las determinaciones de este tribunal que ponen fin al debate tienen, por propósito, asegurar su integridad y supremacía.

80. Sobre la cosa juzgada absoluta y la cosa juzgada relativa. En cuanto a la distinción entre la cosa juzgada absoluta y la cosa juzgada relativa, siguiendo lo enunciado por este tribunal desde la sentencia C-774 de 2001, se ha mencionado que la primera de ellas opera frente al pronunciamiento previo “(...) de constitucionalidad de una disposición [que] no se encuentra limitado por la propia decisión, por lo que se entiende examinada respecto a la integralidad de la Constitución”. Al tiempo que la cosa juzgada relativa ocurre cuando “el juez constitucional limita los efectos de la decisión dejando abierta la posibilidad de formular un cargo distinto al examinado en [el fallo] anterior”. Esta última modalidad se divide en dos categorías. Puntualmente, en la sentencia C-007 de 2016 se dijo lo siguiente: “[existirá una] cosa juzgada relativa explícita, cuando en la parte resolutive de la sentencia se establece expresamente que el pronunciamiento de la Corte se limita a los cargos analizados. Será por el contrario implícita, cuando pese a no hacerse tal referencia en la parte resolutive, de las consideraciones de la sentencia se puede desprender que la Corte limitó su juicio a determinados cargos.”

81. Una característica importante de esta clasificación es que ella se refiere a una misma disposición o texto demandado, en razón a que la distinción se fundamenta es respecto de la “extensión del control realizado”. Por consiguiente, en el asunto bajo examen y a diferencia de lo manifestado por uno de los intervinientes, no es posible predicar la existencia ni de una cosa juzgada absoluta ni de una cosa juzgada relativa, en tanto que en ninguna de las sentencias que se mencionan y que fueron adoptadas con anterioridad al presente juicio, se examinó la constitucionalidad de alguno de los artículos que en esta ocasión se demandan. En efecto, mientras que en esta oportunidad la acusación se plantea frente a los artículos 4 (parágrafo 1º) y 12 (literal k) de la Ley 1861 de 2017, (i) en la sentencia C-511 de 1994 se abordó el control de varios artículos de la Ley 48 de 1993 (4 -parcial-, 9, 10, 11 -parcial-, 13, 14, 36, 37, 41 literal h, 42 literal a), 49 -parcial-, 55 -parcial- y 57), (ii) lo que también ocurrió con la sentencia C-007 de 2016, en la que el juicio tan solo se extendió al artículo 10 de la citada Ley 48 del año 1993. En consecuencia, en la medida en que las disposiciones

legales objeto de control son distintas no es posible analizar si frente a ellas se produce los fenómenos de la cosa juzgada absoluta o de la cosa juzgada relativa.

82. Sobre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material. Por otra parte, en lo que atañe a la distinción entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material, cabe resaltar que la Corte ha señalado que ella se produce en función del objeto de control y, de manera particular, a partir de la distinción entre norma y enunciado normativo. En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha dicho que la cosa juzgada formal tiene ocurrencia cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con el mismo texto legal que es llevado posteriormente a su estudio; mientras que, por el contrario, la cosa juzgada material se presenta cuando existen dos disposiciones distintas que tienen identidad de contenido normativo y en relación con una de ellas ya ha habido previamente un juicio de constitucionalidad por parte de esta corporación. Sobre este punto, en la sentencia C-039 de 2021, se dijo que:

“[E]l concepto de cosa juzgada formal (...) se presenta cuando ‘[e]xiste un pronunciamiento previo por la Corte respecto a la disposición legal que se sujeta a un nuevo escrutinio constitucional. Entonces, la decisión debe declarar el estarse a lo resuelto en providencia anterior. En segundo término, el concepto de la cosa juzgada material (...) ocurre cuando se demanda una disposición formalmente distinta, pero cuyo contenido normativo es idéntico al de otra que fue objeto de control de constitucionalidad.”

83. Ahora bien, más allá de la modalidad de cosa juzgada constitucional que se presente en cada caso, la Corte también ha dicho que los efectos de esta institución se predicen tanto de los fallos de inexequibilidad como de los de exequibilidad, teniendo en cuenta que, por una parte, así lo prevé el inciso 1° del artículo 243 del texto superior, al no distinguir el carácter obligatorio, inmutable y definitivo de una decisión por el tipo de determinación que se adopta; y, por la otra, porque los pronunciamientos de este tribunal adquieren valor jurídico y fuerza vinculante por el simple hecho de provenir del órgano a quien se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

84. No obstante, en tratándose de las figuras de la cosa juzgada formal y de la cosa juzgada material, la doctrina de la Corte igualmente ha precisado que sus efectos varían dependiendo de si la norma fue declarada inexecutable o executable. Para comenzar, se analizarán las reglas

que se derivan de los casos en que se declara la inexequibilidad, a partir de los dos escenarios expuestos.

85. Así, en el primer supuesto, esto es, cuando este tribunal se enfrenta a una cosa juzgada formal y el texto legal demandado ya ha sido declarado inexequible, la Corte debe estarse a lo resuelto en la sentencia anterior. En el segundo evento, es decir, cuando el fenómeno que se presenta es el de la cosa juzgada material, dado que se juzga el mismo contenido normativo, solo que éste se encuentra previsto en un texto diferente al que fue expulsado por la Corte en la primera decisión, la posición mayoritaria de este tribunal ha sido la de reconocer que procede estarse a lo resuelto en la sentencia anterior y, como consecuencia de ello, declarar su inexequibilidad por la infracción del artículo 243 del texto superior, que prohíbe reproducir contenidos normativos declarados inexequibles por razones de fondo. A esta modalidad se le ha denominado cosa juzgada material en sentido estricto y para que ella proceda, desde la sentencia C-096 de 2003, se han reiterado los siguientes requisitos:

“De conformidad con [el inciso 2° del artículo 243 del [texto superior], para determinar si un ‘acto jurídico’ del legislador constituye una reproducción contraria a la Carta, es preciso examinar cuatro elementos:

1. 1. Que una norma haya sido declarada inexequible
2. Que se trate de un mismo sentido normativo, esto es, que el contenido material del texto examinado sea similar a aquel que fue declarado inexequible por razones de fondo, teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se inscribe la norma examinada, ya que su significado y sus alcances jurídicos pueden variar si el contexto es diferente;
3. Que el texto legal, supuestamente reproducido, haya sido declarado inconstitucional por ‘razones de fondo’, lo cual hace necesario analizar la ratio decidendi del fallo anterior;
4. Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de referencia en la sentencia anterior de la Corte.

Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material, en sentido estricto, y, en consecuencia, la norma reproducida, debe ser declarada inexequible, pues la cosa juzgada material limita la competencia del legislador

para reproducir el contenido material de la norma contraria a la Carta Fundamental. Cuando el legislador desconoce esta prohibición, la Corte debe proferir un fallo de inexecutable por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política.”

86. Un grupo adicional de reglas que interesa de cara al asunto que en esta ocasión ocupa a la Corte, comprende las hipótesis en las cuales existe una decisión previa que hay dispuesto declarar la executable o executable condicionada de una misma disposición o de un idéntico enunciado normativo, siempre que los cargos planteados hayan sido exactamente los mismos.

87. Así, en un primer escenario, cuando por medio se presenta una cosa juzgada formal, lo que implica que este tribunal ya declaró executable o executable condicionado el mismo texto normativo acusado, la Corte tiene la obligación de estarse a lo resuelto en la primera providencia. En efecto, tal y como lo ha señalado este tribunal, “(...) la sentencia previa agota el debate constitucional respecto de un artículo en particular, cerrando, al menos desde la perspectiva de los cargos analizados, la discusión constitucional”. Ello es así, siempre que no se presente alguna de las razones o motivos que han sido señalados por esta corporación para enervar los efectos de la cosa juzgada constitucional, a saber: (i) un cambio en el parámetro de control derivado de la incorporación de nuevos mandatos relevantes a la Constitución Política, incluido el bloque de constitucionalidad; (ii) una modificación en el significado material o en la comprensión de los mandatos relevantes de la Carta, a partir de transformaciones significativas en el ámbito social, político o económico; o (iii) la variación en el contexto normativo en que se inserta la norma objeto de control. En este orden de ideas, la existencia de este escenario de cosa juzgada exige acreditar estos requisitos: (1) que el texto normativo acusado sea el mismo que ya fue objeto de control; (2) que se haya declarado su executable o executable condicionada en una sentencia anterior; (3) que esa declaratoria haya sido fundamentada en las mismas razones de fondo que se invocan en una nueva oportunidad; y (4) que no se presente ninguno de los motivos que han sido señalados por la Corte para enervar los efectos de la cosa juzgada.

88. La otra hipótesis comprende aquellos eventos en que este tribunal ha declarado executable o executable condicionado, por los mismos cargos, un contenido normativo idéntico al que nuevamente se acusa. Cuando ello ocurre, la jurisprudencia ha precisado que se configura la cosa juzgada material en sentido amplio cuyo efecto permite estarse a lo

resuelto en el fallo anterior, incluyendo además el deber de declarar la exequibilidad o inexecuibilidad condicionada de la disposición demandada, junto con la reproducción de los condicionamientos exigidos por la Corte, como quiera que sobre dicha disposición todavía no se ha realizado pronunciamiento alguno. Para que esta modalidad de cosa juzgada material se presente es necesario acreditar los siguientes requisitos:

“(i) Que exista una sentencia previa de constitucionalidad sobre una disposición con idéntico contenido normativo a la que es objeto de demanda, esto es, que los ‘efectos jurídicos de las normas sean exactamente los mismos’. // (ii) Que exista identidad entre los cargos que fundamentaron el juicio de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia proferida por esta corporación y aquellos que sustentan la nueva solicitud. // (iii) que la declaratoria de constitucionalidad se haya realizado por razones de fondo. // [Y] (iv) que no se hayan producido reformas constitucionales frente a los preceptos que sirvieron de base para sustentar la decisión; y que se esté ante el mismo contexto fáctico y normativo. En efecto, como en reiteradas ocasiones lo ha señalado este tribunal, el juez constitucional tiene la obligación de tener cuenta los cambios que se presentan en la sociedad, pues puede ocurrir que un nuevo análisis sobre normas que en un tiempo fueron consideradas exequibles a la luz de una nueva realidad ya no lo sean.”

89. Por último, en criterio de este tribunal, la cosa juzgada material no puede ser decretada por un solo magistrado al momento de adelantar el control de admisibilidad de la demanda, ya que su reconocimiento le corresponde a la Sala Plena por medio de una sentencia. Esta regla se justifica, entre otras, por las siguientes razones: “(i) La existencia de cosa juzgada material, equivale a la declaración de exequibilidad o inexecuibilidad de un precepto legal. Y de acuerdo con la Constitución (arts. 241 y ss.) y la ley (estatutaria de la administración de justicia, el Decreto 2067/91 y el reglamento interno de la Corte), es esta Corporación en Sala Plena la que debe adoptar decisiones de esa índole. // (ii) Las providencias que profiere la Corte en ejercicio del control constitucional, son de obligatorio cumplimiento y producen efectos erga omnes. Pero para que ello tenga lugar, es necesario que el fallo lo emita el órgano constitucionalmente competente, en este caso, la Sala Plena. De no ser así, se estaría aceptando que las decisiones de inconstitucionalidad o constitucionalidad de un precepto legal se adopten por un solo magistrado, lo cual contraría el orden supremo.”

90. Sobre el precedente relevante. Dentro del contexto que ha sido objeto de estudio, la

jurisprudencia de la Corte también ha señalado que en aquellos casos en que se llega a la conclusión de que no existe identidad normativa sino similitudes notables en las materias objeto de regulación, luego de haberse practicado la comparación entre el contenido de las disposiciones frente a las cuales se alega la existencia de una cosa juzgada material, el juez constitucional debe optar, por regla general, por seguir la técnica del precedente relevante, lo cual implica que el nuevo caso debe resolverse, en sus elementos comunes, del mismo modo como se adoptó la decisión en el caso anterior. Desde esta perspectiva, en la sentencia C-266 de 2002 se dijo que:

“En relación con la posible existencia de cosa juzgada en relación con la constitucionalidad de la norma demandada, la Corte observa que no existe identidad entre las mencionadas disposiciones normativas. La regulación anterior establecía que los concursos en la Procuraduría General de la Nación eran de ingreso y de ascenso ‘para el personal escalafonado’ (art. 140 lit. b) de la Ley 201 de 1995), con lo cual se definían los tipos de concursos en la entidad sin excluir la posibilidad del concurso mixto, entendiendo por éste aquél en el que pueden tomar parte tanto personas escalafonadas como no escalafonadas ajenas a la entidad; por el contrario, la disposición ahora acusada, además de definir los tipos de concursos en la entidad, restringe la posibilidad de participar en los concursos de ascenso ‘sólo’ a los inscritos en la carrera de la Procuraduría, con lo que se excluye el concurso mixto. Dado que no existe identidad normativa entre las referidas disposiciones, tampoco opera respecto de la norma acusada la institución de la cosa juzgada constitucional. La sentencia C-110 de 1999 tiene el carácter de precedente para el caso que ahora ocupa a la Corte, el cual deba ser seguido o ser abandonado porque existen razones constitucionales de peso que justifiquen el cambio de precedente en materia de la constitucionalidad de los concursos cerrados en la Procuraduría General de la Nación.”

91. Al tratarse de un precedente, en palabras de la Corte, se presenta una menor rigidez en términos de vinculación frente al fallo previo, ya que es claro que en relación con dicha decisión no se predicen los efectos de la cosa juzgada constitucional (CP. art. 243). Por esta razón, siempre que se acredite la existencia de un principio de razón suficiente es posible que el tribunal constitucional se aparte del mismo, como respuesta al carácter dinámico de la Constitución, al contexto social y normativo en el que la norma es introducida, o a la necesidad de realizar ajustes o cambios en el criterio jurisprudencial que ha sido acogido por esta corporación. En todo caso, este tribunal siempre ha reiterado que se prioriza el deber de

seguir el precedente, pues ello responde a la necesidad de salvaguardar los principios constitucionales de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima.

92. No cabe duda de que la interpretación armónica de estos principios impone que todas las autoridades y, especialmente, las judiciales, actúen con consistencia y uniformidad, por lo que siempre deben estar en disposición de adoptar la misma decisión cuando concurren los mismos presupuestos de hecho o de derecho, sin que les sea permitido defraudar la confianza de los administrados con la adopción de decisiones sorpresivas que no se ajusten a las que sean previsibles, conforme con los precedentes judiciales establecidos. A juicio de este tribunal, la confianza de los ciudadanos no solo se garantiza “con la (...) publicidad del texto de la ley, ni se agota [con] la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme”.

93. Lo anterior ha sido objeto de varios pronunciamientos de esta corporación, en los que se prioriza el respeto al precedente y se sujeta la posibilidad de apartarse del mismo a la formulación de una justificación suficiente. Al respecto, en la sentencia C-795 de 2004 se señaló que:

“Es indudable que el respeto al precedente juega un papel esencial en la justicia constitucional, tal y como ha sido destacado por esta Corte y por la teoría jurídica. Sin embargo, el principio de respeto al precedente no puede ser inquebrantable, al punto de impedir la posibilidad de cambiar la doctrina. Más aún cuando el juez advierte posibles inconsistencias en sus determinaciones, frente a los fundamentos teóricos consolidados en el pasado. En esos casos, su deber en justicia y por razones de seguridad jurídica, autocontrol judicial y respeto a la igualdad, será el de justificar el cambio jurisprudencial y modificar el precedente. [Sobre la materia] ha dicho la Corte que: “(...) un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada

manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.”

94. En conclusión, en los casos en que no existe identidad de contenido normativo sino similitudes notables, esta corporación no puede decretar la existencia de una cosa juzgada material, sino que debe proceder al examen del caso planteado a partir del reconocimiento de un precedente relevante. Lo anterior significa que habrá un nuevo examen y pronunciamiento de fondo, en el que se debe seguir la misma línea jurisprudencial expuesta, a menos que se estime preciso cambiarla, siempre que, para tal efecto, se cumpla con una carga de transparencia y argumentación que justifique de manera suficiente la nueva decisión adoptada.

95. Con fundamento en las consideraciones previamente realizadas, se procederá a determinar si en el presente caso se está en presencia de una cosa juzgada material en sentido amplio o si, por el contrario, se trata de una hipótesis en la que se reconoce la existencia de un precedente relevante. Para el efecto, este tribunal deberá hacer referencia a las disposiciones demandadas y al alcance de la decisión que fue adoptada en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016. Por lo demás, y por su trascendencia en la materia, también se aludirá a las siguientes sentencias C-584 de 2015, C-006 de 2016 y C-659 de 2016.

96. La sentencia C-511 de 1994. En esta sentencia se abordó el examen abstracto de constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 48 de 1993. De manera concreta, y en cuanto refiere al presente proceso, inicialmente se pronunció sobre la primera parte del artículo 10 de la ley en cita, conforme con la cual: “Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. // La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad.”

97. El cargo contra la citada disposición fue presentado en el expediente D-599, en la medida en que se acumularon dos demandas de inconstitucionalidad, y se refería a la supuesta

vulneración del artículo 216 de la Constitución, por cuanto se consideraba por el accionante que el servicio militar tan solo puede tener la condición de obligatorio, cuando existan razones extraordinarias vinculadas con la necesidad de defender la independencia nacional y las instituciones públicas, circunstancia que no acontece en tiempos de paz, sino solo cuando se invoca la ocurrencia de un estado de excepción. En este sentido, en el resumen realizado en la sentencia C-511 de 1994 a la demanda, se puede constatar lo anterior, cuando se afirma que:

“- Que esa obligación [refiere a la obligación de prestar el servicio militar obligatorio] tiene que ver con los estados de excepción previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Nacional. ‘Son estos los únicos momentos, en que por la gravedad de la situación, ya sea por guerra o por subversión interna puede el Gobierno convocar a todos los nacionales a la defensa de la patria.’

- Que la Constitución Política no impone la obligación de definir la situación militar, ni de inscribirse, ni de pertenecer a la fuerza pública. Sólo por excepción, [se] insiste, todos debemos acudir en defensa de la patria, pero no es lo habitual, no es lo general, no es lo permanente. Luego no podía el Legislador (Ley 48/93), imponer de manera permanente la obligación a los ciudadanos de pertenecer a la fuerza pública, de definir la situación militar, cuando la misma Constitución dispone la existencia de fuerzas permanentes para ello.

- Que los preceptos contenidos en los artículos 4o. y 9o. literal a), 10, 11 y 14 de la Ley 48, violan por errónea interpretación el artículo 216 de la C.N., ‘porque los ciudadanos no tenemos ninguna situación militar para definir’, simplemente en el evento de una emergencia nacional debemos asumir la defensa de la Patria, de resto las funciones de la fuerza pública deben cumplirlas con características de exclusividad y permanencia quienes pertenezcan a ella.”

98. A lo largo del expediente, se verifica que el actor no incluyó en sus argumentos ningún cargo contra el parágrafo del artículo 10, en el cual se disponía lo siguiente: “Parágrafo. La mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y

tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley no importando la modalidad en que se preste el servicio.” Tampoco lo hicieron los intervinientes, ni se advierte referencia alguna en el concepto de la Vista Fiscal.

99. Pese a ello, en la sentencia en mención se realizó el control de constitucionalidad a lo dispuesto en la norma en cita, y con base en tal proceder se declaró su exequibilidad. Es importante mencionar que, para la época, la actuación de la Corte se sustentó en la tendencia a realizar controles integrales, al amparo de lo previsto en el artículo 22 del Decreto Ley 2067 de 1991. Para fundamentar la decisión adoptada se expusieron estas consideraciones:

“Aun cuando el párrafo del artículo 10 no ha sido objeto de la demanda, se detiene la Corte para fijar el alcance de la expresión “varón” del inciso 1o. del precepto bajo examen y sus connotaciones con el fundamental derecho a la igualdad (artículo 13 de la C.P.). Se dispone allí que la mujer prestará el servicio militar “voluntario”, lo que le abre en condiciones ordinarias, a la libre participación en la actividad implícita en ese servicio, lo que no quiere decir, que se le libere, en la lógica del precepto, del cumplimiento “obligatorio” del mismo en determinadas condiciones, cuando “las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que atribuyan a la modernización y al desarrollo del país “....no importando la modalidad en que se preste el servicio, de acuerdo con el artículo 13 de la ley. Esta distinción esencial hombre mujer, tiene relación adicional con cierta tradición de los oficios, que al presente, tiene por mejor habilitados a los varones para el desempeño de las labores de la guerra, y, consulta elementos culturales relacionados con la educación, especialmente física, de la mujer en nuestro medio, no resultando esta distinción violatoria de los deberes dispuestos de manera amplia en la Carta para la “persona” y “el ciudadano” (art. 95), si no, más bien un desarrollo legislativo que facilita su cumplimiento en las determinadas áreas objeto de la ley. Por las mismas razones no puede resultar contraria la norma examinada a la igualdad de “derechos” y “oportunidades” a que se refiere el orden superior (artículo 43) por cuanto de los primeros no se ocupa directamente, y a las segundas las deja incólumes (inciso final art. 40 ibidem).

Ha sostenido esta Corte, sin perjuicio de la igualdad mujer-hombre en tanto persona titular de derechos, especiales consideraciones, por encima de la sexualidad de orden material, que

permiten establecer un trato legal diferente para los hombres y las mujeres, sin que ello resulte contrario a las previsiones del artículo 13 de la Carta Política. Sobre el tema, aun cuando sobre un asunto distinto, sostuvo la Corte:

“Así pues, la realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros.

“El argumento que el demandante plantea parte del supuesto de que mujeres y hombres se encuentran situados en una posición idéntica en relación con el tema debatido y que por tanto, cualquier diferencia de trato se coloca en abierta contradicción con la igualdad, así las cosas, entiende que tan perjudicial resulta la discriminación de las mujeres como la de los hombres, a punto tal que las medidas de protección tomadas en favor del sexo femenino son asimiladas a privilegios inmerecidos constitutivos de discriminación contra el sexo masculino, sin detenerse a analizar si esas medidas favorables otorgan importancia a los caracteres biológicos diversos o a la menguada posición social de la mujer. Erróneamente el actor rechaza cualquier relevancia jurídica de las diferencias sexuales considerando, de paso, que en el ámbito laboral el sujeto trabajador es uno solo y que no hay lugar a hacer énfasis en situaciones distintas, de las cuales, en efecto, hace abstracción.

“La visión, absolutamente igualitarista, que el accionante expone, entraña una falsa semejanza y se revela inapropiada para la construcción de un orden justo que exige identificar y neutralizar circunstancias sociales desiguales que surgen como obstáculos a la igualdad sustancial; el tratamiento jurídico de la discriminación sexual no puede ignorar una

realidad social que, según los datos contenidos en esta providencia, se muestra claramente distante de la igualdad, y que, por lo mismo, amerita la adopción de medidas positivas favorables a la población femenina trabajadora y dirigidas a promover la mejor participación de las mujeres en el mundo laboral y a compensar los efectos nocivos de esa realidad social generadora de una desigualdad, que no es introducida por normas como las acusadas sino que preexiste, en cuanto anterior a las mismas. La previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada.

“El principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos y en especial a la rama legislativa, cuya actuación queda entonces sometida a un control de constitucionalidad que debe tomar en cuenta la igualdad como parámetro para enjuiciar la correspondencia de las leyes con el Estatuto Superior. El legislador, en consecuencia, está obligado a observar el principio, de modo que las diferencias normativas por él establecidas encuentren un fundamento justificado y razonable y por otra parte, se orienten a la consecución de un fin constitucionalmente lícito. Empero, el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte, si bien comporta un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas, implica, en un plano adicional, el otorgamiento de relevancia jurídica a las diferencias sociales de las mujeres para elevar su condición mediante la adopción de una medida compensatoria de las dificultades que enfrentan en virtud de su vinculación al mercado laboral; aspecto este último que se ubica dentro de la perspectiva de la igualdad sustancial que, acorde con los postulados del Estado Social de Derecho, no se detiene en la mera función de garantía o tutela sino que avanza hacia una función promocional que se realiza normalmente a través de medidas positivas en favor de grupos sociales discriminados o marginados. Proceder de manera neutral ante la realidad social entrañaría el desconocimiento de los valores, principios y fines que la Constitución consagra, abandonar la búsqueda de una sociedad justa, respetuosa de la dignidad humana y vaciar de todo contenido las normas constitucionales que prohíben la discriminación de la mujer y que disponen su especial protección (arts. 43 y 53).” (Corte Constitucional, sentencia No. C-410 de 1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz). (...)” (Subrayas no hacen parte del texto original)”

100. Las citadas consideraciones condujeron a que la Corte declarara la exequibilidad del

artículo 10 de la Ley 48 de 1993, incluyendo su párrafo, sin limitar el alcance de la decisión, por lo que, con base en lo resuelto, se consideró ajustado a la Constitución que a las mujeres no les corresponde, por regla general, prestar el servicio militar de forma obligatoria, pues el acceso al mismo tan solo (i) se haría de forma imperativa cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine, o (ii) cuando ellas decidan prestarlo de forma voluntaria. Nótese que, además, por una parte, este tribunal concluyó que el párrafo objeto de control resultaba compatible con los artículos 13 y 43 de la Carta; y por la otra, que la declaratoria de constitucionalidad, en principio, se extendía igualmente a las limitaciones que la mujer tendría respecto de las actividades a desarrollar, por mandato legal, en los casos en que llegase a prestar el servicio, a saber: “(...) en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país (...)”. Textualmente, en el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia C-511 de 1994 se dispuso que: “Primero. Declarar exequibles los artículos 4o. (parcial), 9o., 10, 11 (parcial), 13, 14, 42 literal a), 49 (parcial), 55 (parcial) y 57 de la Ley 48 de 1993.”

101. De la revisión de las consideraciones expuestas por la Corte con miras a declarar la exequibilidad reseñada, siguiendo lo manifestado igualmente en la sentencia C-007 de 2016, se concluye que la Corte se apoyó básicamente en dos argumentos. En primer lugar, (i) advirtió que la distinción establecida por la ley encontraba sustento en cierta tradición de los oficios y en las diferencias existentes respecto del tipo de educación física entre hombres y mujeres, resultando ello compatible con el mandato de igualdad. Y, en segundo lugar, (ii) destacó –citando jurisprudencia previa y encontrando para ello apoyo en el artículo 13 de la Carta– que existían diferencias sociales que justificaban la adopción de medidas favorables para las mujeres, en tanto no podía considerarse que se encontraran socialmente en las mismas condiciones que los hombres en relación, por ejemplo, con su vinculación al mercado laboral. En este sentido, la norma acusada consagraba una acción afirmativa para las mujeres, con el fin de realizar el mandato de igualdad sustancial, teniendo en cuenta el déficit existente para ellas en todos los ámbitos de la vida social y la necesidad de eliminar una obligación que podría impedir o alterar el normal curso de sus actividades laborales, en donde, para la época, no existía ni plena ni igual participación respecto de lo que ocurría con los hombres. Esta decisión se acompañó, asimismo, con la advertencia de que el Legislador goza de un amplio margen de configuración para determinar los sujetos, las condiciones, los trámites y las causales de exoneración respecto de la prestación del servicio militar.

102. La sentencia C-007 de 2016. En esta oportunidad, y a diferencia de lo ocurrido en la sentencia C-511 de 1994, la demanda presentada por el ciudadano sí cuestionaba de forma directa el parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993. En concreto, el cargo alegaba el desconocimiento de los artículos 4, 13 y 43 del texto superior, por cuanto en la disposición acusada se establecía un trato diferente entre hombres y mujeres, que resultaba contrario a la prohibición general de discriminar por razones de sexo fijada en el citado artículo 13, y al mandato específico de igualdad previsto en el referido artículo 43, conforme al cual los hombres y las mujeres tendrán los mismos derechos y también las mismas obligaciones. Desde esta perspectiva, la alegación realizada se reforzó con los siguientes argumentos:

“(…) las mujeres demuestran, hoy por hoy, gran capacidad para ocuparse de cualquier actividad que se les asigne. En esa dirección, en la actualidad las fuerzas armadas cuentan con varias mujeres que tienen la condición de generales, oficiales y suboficiales. Adicionalmente, no solo en Colombia sino también en otros Estados, se ha previsto la participación de las mujeres en las fuerzas de seguridad. En esa misma dirección, son indudables los esfuerzos para asegurar la igualdad de las mujeres en Colombia, tal y como se desprende, por ejemplo, de la aprobación de la Ley 581 de 2000.

Siendo ello así es necesario definir si resulta constitucionalmente admisible que, pese a reconocer los mismos derechos a hombres y mujeres, no se establezcan las mismas obligaciones. En consecuencia, la Corte debe determinar si es compatible con la Constitución que por el solo hecho de ser hombre resulte obligatorio definir la situación militar, excluyéndose de esa obligación a las mujeres.”

103. Esta corporación examinó las consideraciones que sirvieron de fundamento a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994, y concluyó que la Corte ya había tomado una decisión respecto de la norma acusada y el cargo planteado, esto es, si el precepto que era objeto de control vulneraba el mandato de igualdad entre hombres y mujeres (CP arts. 13 y 43), al limitar el servicio militar obligatorio únicamente a los hombres, excluyendo de dicha obligación a las mujeres. Para este tribunal, dicho asunto ya había sido resuelto en el fallo anterior adoptado en 1994, a través de una (i) sentencia que había declarado exequible la disposición demandada y que había hecho tránsito a cosa juzgada formal y relativa; (ii) a lo que añadió que tampoco se cumplían con las cargas mínimas de argumentación, para efectos de dar procedencia a alguna de las causales que permiten enervar los efectos de

dicha cosa juzgada. Por virtud de lo anterior, resolvió que: “ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-511 de 1994 que declaró exequible el artículo 10 de la Ley 48 de 1993.”

104. Sin embargo, la sentencia C-007 de 2016 consideró necesario pronunciarse sobre los argumentos que sustentaron la decisión adoptada en la referida sentencia C-511 de 1994. Y, con base en ello, llegó a la conclusión de que el carácter voluntario que opera como regla general en el caso del servicio militar de las mujeres no se explica por unas supuestas diferencias fundadas en la tradición de los oficios o en una presunción sobre el tipo de educación física recibida, sino exclusivamente por la existencia de una acción afirmativa que se origina por la histórica discriminación y exclusión de la que ha sido objeto la mujer en varios ámbitos de la vida social y política. En este orden de ideas, se manifestó lo siguiente:

“3.6.1.2. La Corte encuentra necesario precisar que la constitucionalidad de la regla que excluye a las mujeres de la obligación de prestar el servicio militar no se sustenta en diferencias fundadas en la tradición de los oficios o en una presunción acerca del tipo de educación física de la que son destinatarias las mujeres. Este planteamiento, contenido en la sentencia C-511 de 1994, no pasa de ser un dicho de paso carente de relevancia constitucional para justificar la decisión de exequibilidad adoptada en dicha providencia.

a) Este Tribunal considera entonces imperativo precisar que el fundamento de la decisión adoptada en esa oportunidad se encuentra, no en las referidas razones vinculadas a estereotipos incompatibles con el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos, sino en las disposiciones constitucionales que permiten –e incluso ordenan– la implementación de acciones afirmativas a favor de las mujeres. En efecto, tal y como lo reconoció este Tribunal –incluso antes de la sentencia C-511 de 1994– la igualdad de los sexos dispuesta por la Constitución impone, no solo (i) la prohibición de discriminación fundada en el género (arts. 13. Inc. 1 y 43, primera y segunda frases) sino también (ii) la obligación de las autoridades públicas de adoptar medidas positivas que aseguren la plena e igual participación y desarrollo de la mujer, en todos los ámbitos de la vida familiar y comunitaria (arts. 13 inc. 2, 43 -tercera y cuarta frases- y 53). (...)

b) Esta Corporación considera imprescindible señalar que la declaratoria de exequibilidad del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 en la sentencia C-511 de 1994, tiene como fundamento la competencia del legislador –en atención a la histórica discriminación y exclusión de la que ha

sido destinataria la mujer en varios ámbitos de la vida social y política- para establecer un trato especial y favorable respecto de la obligación de prestar el servicio militar. Esta medida, que se articula plenamente con el principio de la igualdad sustancial o material, facilita su ingreso a la educación superior y promueve el acceso al mercado del trabajo al eliminar una exigencia que podría impedir o alterar el normal curso de actividades educativas y laborales. Es en esta dirección que debe interpretarse la decisión adoptada en la referida sentencia.”

105. Finalmente, es preciso resaltar que la declaratoria de exequibilidad incluyó la totalidad del párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, por lo que, a pesar de no ser objeto de un examen puntual, la constitucionalidad se extendió a las actividades que el Legislador previó como susceptibles de ser desarrolladas por las mujeres, en caso de acceder de forma voluntaria u obligatoria (cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine) al servicio militar. Lo anterior se advierte, por ejemplo, en el siguiente párrafo de la sentencia C-007 de 2016:

“La contrastación de la demanda que ocupa la atención de la Corte y de la sentencia C-511 de 1994, permite concluir la existencia de cosa juzgada constitucional. Existe identidad en el objeto dado que la prescripción según la cual los varones tienen la obligación general de prestar el servicio militar y las mujeres únicamente una obligación de hacerlo en determinado tipo de actividades cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine contenida en el artículo 10º de la Ley 48 de 1993- fue objeto de un pronunciamiento expreso por parte de la Corte Constitucional. Se trata del mismo texto y de la misma ley.”

106. La sentencia C-659 de 2016. En esta oportunidad se demandó ante la Corte el listado de actividades que, según el citado párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, eran susceptibles de ser desarrolladas por las mujeres en caso de acceder a la prestación del servicio militar. Lo anterior, por contravenir el artículo 13 del texto superior y los artículos 1º y 7 de la DUDH, el artículo 26 del PIDCP y el artículo 6 de la Convención de Belém do Pará. En concreto, a juicio de los demandantes, “limitar ‘las labores y acciones que puede realizar una mujer que se incorpore en las fuerzas militares de Colombia’ atenta contra el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación consagrados en la Carta Política y en los convenios internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que prohíben

la discriminación contra la mujer y la consideran, incluso, como una forma de violencia.”

107. Para este tribunal, en el presente asunto, cabía realizar un nuevo pronunciamiento frente a lo resuelto en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, pues en ellas se abordó el análisis de un cargo distinto y se declaró la compatibilidad de la disposición acusada únicamente por razón de su examen y respecto de lo previsto en los artículos 13 y 43 del texto superior. Además, se manifestó que existió un ajuste en el parámetro de control, por la introducción al bloque de constitucionalidad de la Convención de Belém do Pará, en la que la discriminación es considerada como una forma prohibida de violencia contra la mujer. La figura del bloque se remonta a la sentencia C-225 de 1995, y en el caso de la citada Convención empezó a ser utilizada por la Corte como parámetro de control a partir de la sentencia C-355 de 2006.

108. Luego de referir a la Convención de Belém do Pará y al alcance de los artículos 13 y 43 de la Carta, conforme con los cuales se “(...) rechaza los estereotipos de género y [se] establece como inaceptables las diferenciaciones que restringen los derechos y oportunidades de las mujeres con base en asignaciones de roles o tradiciones de oficios, contrarias a la igualdad”, se concluyó que los apartes cuestionados no superaban el juicio estricto que cabe aplicar respecto del citado derecho, por cuanto los fines de la norma (vinculados con la tradición de los oficios que tienen por mejor habilitados a los varones para el desempeño de las labores de guerra) no son adecuados, ni conducentes ni proporcionales en sentido estricto. Por razón de lo anterior, en la parte resolutive del fallo en cita, se decidió que: “Declarar INEXEQUIBLE, la expresión ‘en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país’ contenida en el parágrafo del artículo 10, de la Ley 48 de 1993”.

109. La sentencia C-584 de 2015. En esta ocasión se demandaron varios artículos de la Ley 48 de 1993, incluida la totalidad del artículo 10, este último por considerar que la expresión “mujer” debía extenderse, por vía del control a las omisiones legislativas, a las mujeres transgénero. Para la Corte, el accionante no señaló los motivos por los cuales, pese a que las distintas Salas de Revisión de este tribunal han determinado que las expresiones utilizadas por la Ley 48 de 1993 no debían entenderse bajo el sexo biológico sino a partir de la construcción identitaria y autónoma del género, cabía alegar la existencia de una omisión.

Por virtud de lo anterior, se declaró inhibida de fallar de nuevo sobre este artículo, por ineptitud sustantiva de la demanda.

110. La sentencia C-006 de 2016. En esta providencia la Corte nuevamente se inhibió de fallar en relación con una demanda que cuestionaba el artículo 10 de la Ley 48 de 1993, por la presunta existencia de una omisión legislativa respecto de la situación de las mujeres transgénero. Para esta corporación la acusación formulada incumplía con la carga de certeza, ya que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que en materia de servicio militar, las mujeres trans deben ser tratadas como lo que son, es decir, como mujeres. En el apartado correspondiente de la presente sentencia se señaló que:

“En este caso, (...) las demandantes afirman que las disposiciones acusadas excluyen de sus consecuencias jurídicas a las mujeres trans, o más ampliamente a las personas trans, aunque se advierte que no es esto lo que establece la Ley. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que en materia del servicio militar las mujeres trans deben ser tratadas como lo que son; es decir, como mujeres. Esta no es solo una consecuencia de sus derechos constitucionales, sino del texto mismo de la Ley. Esta jurisprudencia fue expresamente citada por las accionantes, pero luego se abstuvieron de tenerla en cuenta al exponer los argumentos de su demanda y, en especial, al enunciar el entendimiento de las disposiciones legislativas que consideraban inconstitucional[es]. Por lo tanto, cuando en la presente acción pública las demandantes sostienen que las normas legales censuradas son contrarias a la Constitución, bien porque en su opinión les dan a las mujeres trans el trato de varones, o bien porque desde su punto de vista no regulan su situación particular, en realidad dirigen sus cuestionamientos contra proposiciones que no se infieren del texto legal, ni de su contexto de interpretación, y por ende la demanda carece de certeza.”

111. Inexistencia de cosa juzgada material en sentido amplio y el deber de tener en cuenta el precedente relevante sobre la materia. A partir de las consideraciones que con anterioridad fueron expuestas en esta providencia, se advierte que, en primer lugar, no cabe hacer referencia a la figura de la cosa juzgada constitucional frente al literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, en tanto que, por una parte, no ha sido demandado con anterioridad en un proceso que haya sido admitido por esta corporación o que, en virtud de lo acusado, haya dado lugar a un fallo de fondo; y, por la otra, porque tampoco se constata que frente a su contenido normativo, la Corte se haya pronunciado con anterioridad en algún sentido, con

carácter definitorio y con alcance erga omnes, respecto de una disposición o texto legal que guarde identidad de efectos jurídicos. Por tal razón, cabe adelantar el juicio de constitucionalidad que se propone, en los términos en que se admitió la acusación hecha por el actor.

112. En segundo lugar, en cuanto al aparte cuestionado del párrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017, conforme con el cual: “La mujer podrá prestar el servicio militar de manera voluntaria y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine (...)”, es preciso concluir que, al realizar una comparación con lo dispuesto en el párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, a partir del control de constitucionalidad realizado por esta corporación en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, no es posible predicar la existencia de una cosa juzgada material en sentido amplio. En efecto, tal y como previamente se mencionó en esta providencia, cuando se alega ante este tribunal que se ha declarado exequible o exequible condicionado un contenido normativo idéntico al que nuevamente se acusa, es necesario, siguiendo la jurisprudencia reiterada de la Corte, acreditar los siguientes requisitos:

“(i) Que exista una sentencia previa de constitucionalidad sobre una disposición con idéntico contenido normativo a la que es objeto de demanda, esto es, que los ‘efectos jurídicos de las normas sean exactamente los mismos’. // (ii) Que exista identidad entre los cargos que fundamentaron el juicio de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia proferida por esta corporación y aquellos que sustentan la nueva solicitud. // (iii) que la declaratoria de constitucionalidad se haya realizado por razones de fondo. // [Y] (iv) que no se hayan producido reformas constitucionales frente a los preceptos que sirvieron de base para sustentar la decisión; y que se esté ante el mismo contexto fáctico y normativo. En efecto, como en reiteradas ocasiones lo ha señalado este tribunal, el juez constitucional tiene la obligación de tener cuenta los cambios que se presentan en la sociedad, pues puede ocurrir que un nuevo análisis sobre normas que en un tiempo fueron consideradas exequibles a la luz de una nueva realidad ya no lo sean.”

113. No cabe duda de que los requisitos (iii) y (iv) se satisfacen plenamente. En cuanto al primero, porque se verifica que en la sentencia C-511 de 1994 se declaró por razones de fondo la constitucionalidad del citado párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993. Y, en cuanto al segundo, porque no se advierte un cambio en el parámetro de control, pues la

lectura de los artículos 13 y 43 del texto superior ha sido la misma, tanto en la actualidad como en la época en la que se profirió la citada sentencia C-511, asunto que no fue controvertido con la sentencia C-007 de 2016, y que condujo, precisamente, a la decisión de estarse a lo resuelto, con la aclaración de excluir como razón justificativa de la constitucionalidad de la norma reseñada, las supuestas diferencias fundadas en la tradición de los oficios o en una presunción sobre el tipo de educación física recibida por las mujeres, como se advirtió con anterioridad.

114. Pese a lo anterior, en el asunto bajo examen, no se demuestra el cumplimiento de los requisitos (i) y (ii). En lo referente al primero de ellos, porque no existe identidad en el contenido normativo de lo que ahora es objeto de demanda y de lo que fue a su vez examinado en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, como se contrasta con el siguiente cuadro y se deriva de las explicaciones realizadas con anterioridad en esta providencia:

TEXTO ORIGINAL QUE FUE ANALIZADO POR LAS SENTENCIAS C-511 DE 1994 Y C-007 DE 2016

TEXTO LEGAL OBJETO DE DEMANDA EN ESTE PROCESO

Parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993

Parágrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017

Parágrafo. La mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley no importando la modalidad en que se preste el servicio.

Parágrafo 1.- La mujer podrá prestar el servicio militar de manera voluntaria y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el gobierno nacional lo determine, y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta ley.

115. Como se verifica a partir de la transcripción de las normas sometidas a control, ambos

textos legales, a pesar de las similitudes que presentan, no tienen un contenido normativo idéntico, toda vez que, mientras que el precepto legal que es materia de este proceso no circunscribe las actividades que son susceptibles de ser desarrolladas por las mujeres en caso de acceder a la prestación del servicio militar, tales actividades sí estaban presentes en el párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, cuando esta última disposición se sometió a control constitucional en la sentencia C-511 de 1994, siendo declarada exequible de forma pura y simple, lo que se ratificó con la sentencia C-007 de 2016. Esto permite concluir que los efectos jurídicos de ambas disposiciones objeto de control no son los mismos y que, por ello, no es posible extender a este proceso la figura de la cosa juzgada constitucional, para adoptar una decisión de estarse a lo resuelto, dado que ello significaría excluir del examen de constitucionalidad a un nuevo texto legal (párrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017), a partir de una norma previa que fue avalada en dos sentencias y cuyo contenido no guarda identidad en su regulación.

116. Al respecto, en primer lugar, cabe precisar que el examen sobre la identidad normativa de dos disposiciones legales debe realizarse teniendo en cuenta el momento en el que se dictó la sentencia, respecto de la cual se estudia la posible ocurrencia de una cosa juzgada material, lo cual corresponde, para este caso, a lo examinado en el año 1994, cuyo tenor normativo se mantuvo igual para cuando se decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-007 de 2016. Por esta razón, como ya se dijo, se descarta la cosa juzgada, pues son diferentes los contenidos normativos que se comparan, ya que una norma establecía que la mujer podía prestar el servicio voluntariamente en unas actividades en concreto (párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993) y la otra, actualmente vigente (párrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017), no tiene tal restricción en las actividades a desarrollar. Por ende, la decisión que se adoptó frente a la primera disposición no necesariamente puede oponerse respecto de la segunda.

117. Se entiende que el parámetro de comparación responde al momento en el que se dictó la sentencia inicial, porque se presume que el control de constitucionalidad que fue realizado se sujetó a la integralidad de la norma que allí se incluía, de ahí que las consideraciones a las cuales la Corte se remitiría en caso de que se esté a lo resuelto, supondrían una determinada valoración constitucional, la cual podría verse modificada en el evento de que el nuevo precepto sometido a control ya no guarde identidad, en los supuestos, en los destinatarios o en los ingredientes normativos que determinaban el alcance de la disposición juzgada en una

sentencia anterior. En este sentido, tal y como se reseñó con anterioridad, nótese que en la sentencia C-511 de 1994 se declaró la exequibilidad de la totalidad del párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, y ello fue ratificado en la sentencia C-007 de 2016, en la que se incluyó una reseña a la constitucionalidad, por virtud del alcance de la cosa juzgada, a las actividades que el Legislador previó como susceptibles de ser desarrolladas por las mujeres, en caso de acceder de forma voluntaria u obligatoria al servicio militar, únicamente respecto del cargo estudiado en materia de igualdad. Lo anterior se advierte en el siguiente párrafo de la sentencia en cita:

“La contrastación de la demanda que ocupa la atención de la Corte y de la sentencia C-511 de 1994, permite concluir la existencia de cosa juzgada constitucional. Existe identidad en el objeto dado que la prescripción según la cual los varones tienen la obligación general de prestar el servicio militar y las mujeres únicamente una obligación de hacerlo en determinado tipo de actividades cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine –contenida en el artículo 10º de la Ley 48 de 1993– fue objeto de un pronunciamiento expreso por parte de la Corte Constitucional. Se trata del mismo texto y de la misma ley.”

118. En segundo lugar, es preciso señalar que la cosa juzgada constitucional se predica específicamente de un fallo anterior respecto de la misma norma y por los mismos cargos, y no a la sumatoria posible de varias sentencias en las que, por razón de lo resuelto, pueda irse configurando un esquema de equivalencia normativa entre textos legales, sobre todo porque ello podría llegar a ser predicable no solo de sentencias expedidas por vía del control abstracto, sino también por vía del control concreto, por ejemplo, en casos de aplicación de la figura de la excepción de inconstitucionalidad. Por esta razón, no puede recurrirse a lo resuelto en la sentencia C-659 de 2016, en la que se declaró inexecutable la expresión: “en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país”, pues su examen ocurrió por un cargo totalmente distinto al formulado en esta ocasión, y vinculado con la violación de los derechos a escoger profesión u oficio, el libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación de las mujeres.

120. A lo anteriormente reseñado, cabe adicionar que tampoco existe identidad de cargos.

En efecto, en la sentencia C-511 de 1994 no se impetró ninguna acusación contra el párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, en tanto que fue esta corporación la que decidió abordar directamente el examen de constitucionalidad de la distinción de trato que previó el Legislador, en lo atinente a la prestación del servicio militar entre hombres y mujeres. Por su parte, en la sentencia C-007 de 2016, se reseñó que el cargo planteado refería a si el precepto que era objeto de control vulneraba el mandato de igualdad entre sexos (CP arts. 13 y 43), al circunscribir el servicio militar obligatorio tan solo a los hombres, excluyendo de dicha obligación a las mujeres.

121. A diferencia de lo expuesto, en esta ocasión, lo que se invoca por el actor es la existencia de una distinción de trato discriminatoria entre hombres y mujeres, basada en un estereotipo de género, en lo referente a la posibilidad de escoger si se presta o no el servicio militar (con excepción de los casos en que las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine), como alternativa que no se otorga a los hombres como sí ocurre respecto de las mujeres. Lo que se discute entonces es el tratamiento diferencial que la regulación sobre la materia brinda a estas últimas, y no la circunstancia exclusiva de la obligatoriedad en el servicio militar por parte de los hombres.

122. Así las cosas, mientras que en la sentencia C-007 de 2016 (siguiendo lo señalado en la sentencia C-511 de 1994) se cuestionaba la distinción de trato a partir de la obligatoriedad en el servicio militar, en esta ocasión se refuta el tratamiento diferencial que el régimen normativo impugnado les otorga a las mujeres. Por ello, se afirma que se está en presencia de un estereotipo de género contra los hombres, puesto que las capacidades de ambos sexos permitirían otorgar una igualdad de trato. En este orden de ideas, en la presente demanda, el actor no pretende eliminar el servicio militar o hacerlo obligatorio para todos, sino suprimir del ordenamiento jurídico la acción afirmativa que se brinda a las mujeres, con lo cual se logra que se torne en voluntario para todos, salvo cuando resulte obligatorio por las circunstancias del país, y así lo determine el Gobierno nacional.

123. Estas mismas razones se evidencian en la acusación formulada contra el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, en tanto que el accionante considera que dicha disposición es una clara evidencia “(...) de la creación [del] estereotipo de género (...)” que cuestiona, “ya que, si se es varón, debe [prestar] el servicio militar obligatorio, pero si cambia su componente al sexo [femenino] en [el] registro civil, (...) entra entonces en una

causal de exoneración”. Bajo esta consideración, la citada norma reforzaría la distinción de trato que el actor considera contraria a la Carta, la cual parte de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017.

124. Por el conjunto de razones expuestas, la Corte concluye que en el caso bajo examen no existe cosa juzgada material en sentido amplio respecto de lo fallado en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016. Sin embargo, como ya se advirtió en esta providencia, dado que entre los preceptos objeto de control existen similitudes notables en las materias objeto de regulación, el juez constitucional debe optar, por regla general, por seguir la técnica del precedente relevante, lo cual implica que el nuevo caso debe resolverse, en sus elementos comunes, del mismo modo como se adoptó la decisión en el caso anterior. Ello significa que habrá un nuevo examen y pronunciamiento de fondo, en el que debe seguirse la misma línea jurisprudencial expuesta en los fallos en mención, a menos que se estime preciso cambiarla, siempre que, para tal efecto, se cumpla con una carga de transparencia y de argumentación que justifique de manera suficiente la nueva decisión que se adopte.

E. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y ESQUEMA DE LA DECISIÓN

125. Corresponde a la Corte decidir si la expresión: “La mujer podrá prestar el servicio militar de manera voluntaria y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine” contenida en el parágrafo 1° del artículo 4 y la expresión: “Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil” contenida en el literal k) del artículo 12, ambas disposiciones de la Ley 1861 de 2017, “por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y movilización”, son contrarias a los artículos 13 y 43 del texto superior, por supuestamente introducir, como lo alega el accionante, una distinción de trato discriminatoria entre hombres y mujeres, basada en un estereotipo de género, por virtud del cual se le otorga a la mujer la posibilidad de escoger si presta o no el servicio militar, como facultad que no tiene el hombre, para quien el servicio siempre será obligatorio y siempre deberá definir su situación militar.

126. Con el fin de abordar la definición del citado problema jurídico, la Sala se referirá (i) al deber de prestar el servicio militar; (ii) a la igualdad formal y material y a las acciones afirmativas; (iii) a la dinámica de la mujer en el ámbito socioeconómico en Colombia; (iv) al

impacto diferencial y agudizado del conflicto armado sobre las mujeres; (v) al principio de progresividad en los derechos constitucionales; y (vi) a las cifras sobre la prestación del servicio militar en Colombia y la situación a nivel mundial. Con base en ello, se (vii) procederá a la solución del caso concreto.

F. EL DEBER DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR. Reiteración de jurisprudencia

127. Regulación del servicio militar obligatorio antes de la Constitución de 1991. El servicio militar en Colombia se ha regulado en algunas de las Constituciones que han existido y también a través de leyes y decretos. A comienzos del siglo XIX se expidieron en el país nueve Constituciones provinciales (entre 1811 y 1815) y, aunque estas no tenían alcance nacional, en varias de ellas se regulaba el servicio militar. Así, por ejemplo, la Constitución de Cundinamarca de 1811, en el título relativo a la Fuerza Armada, estableció que: “(...) todo ciudadano es soldado nato de la patria mientras que sea capaz de llevar las armas, sin distinción de clase, estado o condición; y nadie puede eximirse del servicio militar en las graves urgencias del Estado cuando pelagra la patria” (art. 2). De otra parte, cabe destacar que el General Simón Bolívar, mediante la Ley Marcial del 28 de julio de 1819, requirió la presencia a disposición de los jefes militares de todos los hombres entre 15 y 40 años, bajo pena de muerte para los incumplidores.

128. Ahora bien, respecto de las Constituciones que se expidieron a partir de 1821 -y con anterioridad a la de 1886- ninguna de ellas regulaba de forma explícita el servicio militar. Sin embargo, la mayoría hacía referencia al deber de los colombianos de servir y defender a la patria, incluso con el sacrificio de la vida de ser necesario, y precisaban las atribuciones del Congreso de la República para fijar y/o determinar la forma de composición de la fuerza pública. Por su parte, la Constitución de 1886 se refería a la obligación de los colombianos de tomar las armas en el artículo 165, en los siguientes términos: “Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar”.

129. En vigencia de esta Constitución se expidieron varias leyes y decretos sobre el deber de prestar el servicio militar. Así, la Ley 167 de 1896 dispuso que todo ciudadano colombiano comprendido entre los 21 y los 40 años estaba obligado a prestar el servicio militar en el

ejército activo y en las reservas o milicias (art.1°). Luego se expidió la Ley 40 de 1909 que estableció, entre otras, los medios mediante los cuales la Nación aseguraba la formación y el mantenimiento del ejército efectivo y consagró la prohibición de todo medio que envuelva fuerza o violencia para exigir a los ciudadanos la prestación del servicio militar (art. 1°).

130. En desarrollo de las Leyes 167 de 1896 y 40 de 1909 se adoptó el Decreto 1144 de 1911, que estableció el servicio militar obligatorio en la República desde el 1° de enero de 1912 (art. 1°), y precisó que todo colombiano de 21 a 40 años, apto para el servicio militar, estaba personalmente obligado a la defensa nacional, sin que pueda hacerse reemplazar en el cumplimiento de dicho deber (art. 2). Luego se expidió el Decreto 2020 de 1927, que señaló que todo varón colombiano tiene la obligación de prestar el servicio militar en el ejército (art. 1°).

131. Décadas más tarde se profirió el Decreto 1570 de 1942 (Orgánico del Servicio Militar Obligatorio), que dispuso que todo varón colombiano cuya edad se halle comprendida entre los 21 y los 50 años estaba obligado a prestar el servicio militar en el ejército (art. 3), el cual fue modificado por la Ley 1° de 1945, en lo referente al rango, al pasar la obligación de definición a las edades de 20 y 50 años (art. 3), e incluyendo el deber de inscribirse para dicho servicio con anterioridad a la fecha en que se cumplía los 19 años (art. 17). De otra parte, a través de la Ley 131 de 1985 se reguló la prestación del servicio militar voluntario. Esta ley señaló, entre otras, que podían acceder al mismo quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifestaran dicha intención al respectivo comandante de fuerza y fuesen aceptados por él (art. 2), y precisaba que tal servicio se prestaría por un lapso no menor de 12 meses.

132. En lo que respecta a las mujeres cabe destacar que ninguna de las leyes y decretos citados las mencionaba, salvo la Ley 1° de 1945. En ella se señalaba que aquellas mujeres que devenguen sueldos del tesoro público estaban obligadas a pagar una cuota de compensación militar (art. 33, parágrafo) y que, “en caso de guerra internacional, los colombianos de ambos sexos, no comprendidos dentro del llamamiento de filas, pod[ían] ser forzosamente utilizados según sus aptitudes y facultades en trabajos en los cuales [prestarían] eficaces servicios al éxito de la guerra”. Para el efecto, se dispuso que el Gobierno nacional podría reglamentar la forma como las mujeres debían prepararse “para los servicios auxiliares en tiempo de Guerra” (art. 51).

133. Como se advierte de lo anterior, antes de la Constitución de 1991, en ningún momento se previó el servicio militar obligatorio para las mujeres, y tan solo se consideró, excepcionalmente, su vinculación a la fuerza pública en caso de guerra internacional, incluso, en tal escenario, el Gobierno reglamentaría la forma en que se prestarían sus servicios.

134. Debates sobre el servicio militar en la Asamblea Nacional Constituyente. La Carta Política de 1991 no introdujo mayores cambios al régimen constitucional de la Fuerza Pública, sino que retomó básicamente los mandatos consagrados en la anterior Constitución de 1886 sobre la materia. Así, en el artículo 216 se recogen algunos elementos del pretérito artículo 165 y se consagra la composición de la Fuerza Pública, fijando que “(...) estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”. A continuación, establece que “[t]odos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. // La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.

135. La temática relacionada con la prestación del servicio militar obligatorio no gozó de mayor protagonismo durante los debates constitucionales en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. De hecho, como se evidencia de la redacción final del citado artículo, se resolvió por mantener la reglamentación de este asunto a nivel legal. Sin perjuicio de lo anterior, algunos constituyentes formularon propuestas encaminadas a consagrar el servicio militar obligatorio en el texto constitucional y otros a ampliar el marco de posibilidades para el cumplimiento de este deber en tiempos de paz. A modo de ejemplo, los constituyentes Misael Pastrana Borrero, Augusto Ramírez Ocampo y Carlos Rodado Noriega propusieron “un servicio militar obligatorio como lo determina la ley o un servicio alternativo ecológico o social, asimismo reglamentado por la ley”. En el mismo sentido, el constituyente Fabio Villa y los representantes de la Unión Patriótica formularon propuestas similares para permitir que, en tiempos de paz, los ciudadanos pudiesen tener “la opción de prestar un servicio obligatorio militar o civil conforme a la ley”. Un hecho llamativo se presentó en la sesión plenaria del martes 18 de junio de 1991, en la que se aprobó en primer debate el servicio social, civil o ecológico para los colombianos que no presten el servicio militar y la objeción de conciencia para el uso y porte de armas. No obstante, esta disposición que hacía parte del articulado sobre los deberes de la persona y del ciudadano fue posteriormente trasladada al capítulo sobre la Fuerza Pública, sin que finalmente fuese adoptada.

136. El alcance de la obligación constitucional de prestar el servicio militar. Esta corporación se ha pronunciado sobre el alcance del deber constitucional de prestar el servicio militar en varias oportunidades. Así, en la sentencia C-406 de 1994 indicó que el artículo 216.2 de la Constitución les impone a los colombianos una responsabilidad militar y, por ello, es claro que el servicio militar está concebido como un deber de los colombianos que se basa en la defensa de la independencia nacional y en la protección de las instituciones públicas, presupuestos necesarios para el logro de los fines del Estado, en particular, el de asegurar a la población el ejercicio de sus derechos.

137. Esta sentencia también se refirió a los presupuestos que, más allá del citado artículo 216 de la Constitución, justifican la consagración del servicio militar, en donde se invocan (i) los artículos 1° y 2° de la Carta, en lo referente a la obligación de todos los colombianos de contribuir a la realización de los fines del Estado, entre ellos, “(...) defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”; y (ii) el artículo 95 del texto superior, en cuanto consagra como deberes de los ciudadanos: (i) “apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales” (num. 3°) y “propender al logro y mantenimiento de la paz” (num. 6°). Con base en lo anterior, la Corte concluyó que: “es claro que el servicio militar está concebido como un deber de los colombianos, que se basa en la defensa de la independencia nacional y la protección de las instituciones públicas, presupuestos sine qua non del logro de los fines esenciales del Estado. Sin el concurso de la fuerza pública –que actualmente requiere del servicio militar obligatorio–, el Estado no podría garantizar su subsistencia, ni estaría en capacidad de asegurar a la población el ejercicio de sus derechos. Por esto, el deber de definir la situación militar tiene trascendencia social (...)”.

138. En la sentencia C-339 de 1998, esta corporación resaltó que la Constitución (arts. 216, 217 y 218) señala de manera concreta el deber de cumplir el servicio militar y defiere al Legislador la fijación de las condiciones que eximen de su prestación y las prerrogativas que se derivan de su cumplimiento. Asimismo, aclaró que dicho deber, amparado en la Carta, no supone la desprotección del conscripto ni un obstáculo para su desarrollo humano. En desarrollo de esta argumentación, se destacan las sentencias C-456 de 2002, C-084 de 2020 y C-433 de 2021, en las que este tribunal precisó que, aunque el texto superior dispone que “[t]odos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”, es el

Legislador el que tiene la competencia para determinar en qué casos se debe prestar el servicio militar.

139. En este sentido, en la citada sentencia C-456 de 2002 se manifestó que “[l]a Constitución en su artículo 216 le confiere al Legislador la facultad de definir las condiciones en las que los colombianos tienen que cumplir con el deber de prestar el servicio militar”. Luego, en la sentencia C-084 de 2020 se advirtió que la Carta autoriza al Legislador para que regule lo relacionado con el cumplimiento del deber militar y que dicho cumplimiento, “soportable para todos los ciudadanos, debe garantizar los postulados superiores, en el sentido de que no puede vulnerar los derechos fundamentales de quienes son incorporados a filas. De esta manera, las tensiones que se generen entre este deber y las cláusulas constitucionales, deben resolverse con base en criterios de razonabilidad y de proporcionalidad”. Por último, en la mencionada sentencia C-433 de 2021 se precisó que la jurisprudencia constitucional ha resaltado que el inciso 2º del artículo 216 del texto superior concede al Legislador la facultad para determinar las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas derivadas por su prestación, facultad que ha ejercido al expedir las Leyes 48 de 1993 y 1861 de 2017.

140. Dos preguntas surgen como consecuencia de esta caracterización. La primera se relaciona con la necesidad de definir si el deber de prestar el servicio militar se limita a hipótesis de riesgo institucional (v.gr., los estados de excepción) o si es posible que el cumplimiento de este deber igualmente se atribuya por Legislador en tiempos de paz o de normalidad constitucional. Y la segunda consiste en determinar si existe una cláusula expresa que imponga el servicio militar obligatorio para todos los colombianos. Ambos interrogantes ya fueron resueltos por este tribunal en la sentencia C-511 de 1994.

141. Para el efecto, dicha providencia explicó que el artículo 216 de la Constitución le confiere al Legislador la regulación de las condiciones y prerrogativas para la prestación del servicio militar. Lo que significa que no existe una cláusula constitucional expresa que le otorgue a dicho servicio la condición de obligatorio, por cuanto será ley la que fije los casos en los que ese deber se active, así como aquellos en los cuáles no, según se deriva de la autorización general que se establece en el inciso 3º del citado artículo constitucional, en el que se dispone la habilitación general para que sea la ley la que fije las condiciones que, “en todo tiempo”, eximen del servicio militar.

142. Dentro de esta habilitación (i) no se limita a que el servicio militar deba tener ocurrencia solo en hipótesis de riesgo institucional, pues también cabe su obligatoriedad en tiempo de paz o de normalidad constitucional, en los que puede requerirse el auxilio de los colombianos para realizar los fines esenciales del Estado, en términos de defender la independencia, las instituciones públicas, el mantenimiento de la paz y la convivencia pacífica. Al mismo tiempo que (ii) tampoco se exige que el servicio siempre deba tener la condición de obligatorio para todos los colombianos, dado que puede establecerse (ii.i) una cláusula general de exoneración con ocasión de la profesionalización integral de la Fuerza Pública, o (ii.ii) también una exclusión de alcance parcial, por virtud de la cual se exima a algunos colombianos de prestar el servicio militar o se permita, en su lugar, que contribuyan con otros servicios de carácter principal o subsidiario. En este orden de ideas, en la citada sentencia C-511 de 1994 se manifestó que:

“Partiendo el mismo Estatuto Superior de la necesidad de la prestación de un servicio militar, defiere a la ley su regulación en cuanto a las condiciones y prerrogativas para la prestación del mismo. Y lo que interesa de manera especial en este proceso, le encarga también la definición de las condiciones que eximen de su prestación. Luego, no sólo previó la Carta Política la posibilidad de que la ley estableciera, con un carácter obligatorio, la prestación del servicio militar, como se desprende de la habilitación expresa que otorga al legislador para la determinación de las condiciones que en todo tiempo eximen del mismo, sino que facultó al legislador para establecer diferencias entre quienes presten o no el servicio militar. (...)”

La particular interpretación de uno de los demandantes, según la cual la obligación de los ciudadanos de prestar el servicio militar sólo se reduce a los estados de excepción (art. 213 C.N.), quedando a cargo de la fuerza pública, como un ente aislado, distante, independiente y ausente de la sociedad, el cumplimiento de los fines que le son propios, y antes señalados, resulta equivocada, pues esta interpretación desconoce los contenidos constitucionales antes indicados, y las condiciones materiales para la prestación del servicio militar.

El cargo se orienta a concluir la proscripción constitucional de la obligación para prestar el servicio militar mediante una lectura del [ordenamiento] superior francamente equivocada, puesto que es la ley la encargada de definir los contenidos relacionados con el tantas veces citado servicio. Resultando incluso posible, que el legislador con el advenimiento de mejores condiciones de orden público, aminore los alcances de la obligación ciudadana,

mediante medidas, por ejemplo, que tengan que ver con la disminución del tope de edad para exoneración definitiva de las obligaciones militares (hoy 50 años), o, disminuya el rigor para la prestación del mismo a ciertas capas sociales que pueden desarrollar mejor su aporte a la colectividad en el desempeño de sus profesiones, oficios o situación particular, pudiendo la ley exonerar de la prestación del servicio militar a las personas que hayan obtenido cierto grado de formación académica o cumplan determinadas labores sociales durante un período. Más aún, podría ensayarse la conformación de fuerzas del orden totalmente profesionalizadas, abandonando el carácter parcialmente profesional que hoy existe, en la medida en que de suboficiales en adelante, es decir, salvo el contingente básico de las instituciones militares, todos sus demás integrantes, el personal militar, ha escogido la carrera de las armas de manera profesional.”

143. Bajo esta consideración, se ha admitido por la jurisprudencia que el Legislador tiene una amplia libertad de configuración normativa para la regulación del servicio militar, dentro de la cual podría en principio fijar distinciones de trato entre los colombianos para efectos de consagrar excepciones, exclusiones o reglas especiales que rijan la prestación de dicho servicio, cuyo examen tendrá que realizarse al amparo del contenido del derecho a la igualdad y de las excepciones que se admiten respecto de su contenido formal, como ocurre, por ejemplo, con las acciones afirmativas para realizar la igualdad de material de sujetos de especial protección constitucional o de grupos históricamente discriminados y marginados.

144. Finalmente, en la reciente sentencia T-097 de 2022, este tribunal resaltó que “i) la conscripción se explica por varios fines constitucionales del Estado, particularmente con el deber de proteger la integridad del territorio y mantener el orden público; sin embargo, ii) dicho mandato no es absoluto y la Corte ha reconocido límites al mismo mediante la ponderación de algunos derechos fundamentales”. Son múltiples los fallos de la Corte que han realizado esta labor, por ejemplo, en lo referente a los derechos a la objeción de conciencia, a la seguridad social, a la salud y a la libertad personal.

G. LA IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL, Y LAS ACCIONES AFIRMATIVAS. Reiteración de jurisprudencia

145. Para comenzar, cabe señalar que la igualdad está prevista en el artículo 13 de la Constitución. Este mandato, en términos generales, ordena dar un trato igual a quienes se

encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho. Este tribunal ha sostenido que la igualdad tiene un triple rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho. En tanto valor, la igualdad es una norma que fija fines o propósitos, cuya realización es exigible a todas las autoridades públicas en el desarrollo de su labor de concreción de los textos constitucionales. En su rol de principio, se ha considerado que dicha garantía opera como un mandato de optimización que dispone un deber ser específico, que admite su incorporación en reglas concretas derivadas del ejercicio de la función legislativa o que habilita su uso como herramienta en la resolución de controversias sometidas a la decisión de los jueces. Finalmente, como derecho se manifiesta en una facultad subjetiva que impone deberes de abstención –como la prohibición de discriminación o de tratos desiguales no justificados–, al mismo tiempo que exige obligaciones puntuales de acción, como ocurre con la consagración de tratos favorables para grupos puestos en situación de debilidad manifiesta.

146. La Corte ha señalado que el artículo 13 del texto superior comporta un conjunto de mandatos independientes, los cuales interactúan entre sí, en virtud del carácter relacional de este mandato, entre los cuales se destacan: (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso y su aplicación uniforme a todas las personas. Así, el inciso 1º del artículo en cita dispone que todos “recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades”. Se trata de una de las conquistas del Estado liberal clásico, que ha sido incorporada en todos los textos de derechos humanos. De igual manera, se prevé (ii) la prohibición de discriminación, que excluye, en principio, la legitimidad de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Carta, esto es, la consagración de distinciones injustificadas e irrazonables basadas en el uso de criterios sospechosos de diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica. Por último, se encuentra (iii) la igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales. Precisamente, la Constitución señala de manera expresa que es deber del Estado promover las condiciones para que “la igualdad sea real y efectiva” y añade, en el inciso 3º del precepto en mención, que el Estado protegerá especialmente a “aquellas personas que[,] por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”.

147. De la aplicación concreta de estos mandatos surgen cuatro reglas específicas consistentes en (a) dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (b) dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (c) dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (d) dar un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras.

148. Dentro de esta perspectiva, cabe mencionar que la Corte ha delineado el alcance de la igualdad material o sustancial, entre otras, señalando que implica el “compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho. Las causas que subyacen a situaciones de esta índole tienen que ver, entre otros aspectos, con la escasez, con necesidades no satisfechas del ser humano, con fenómenos históricos de segregación y marginación o con injusticias del pasado que se pretende subsanar. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos.”

149. A partir de esta conceptualización es preciso entender que la igualdad material o sustancial actúa con un significado que rebasa los marcos generales y abstractos que brinda la igualdad formal y la lectura estrecha que podría realizarse de la prohibición de discriminación. En efecto, el carácter relacional de la igualdad no puede conducir a fórmulas estrechas en las que todos sean tratados de la misma manera y a que no pueda aludirse a determinados criterios para establecer distinciones de trato. Por el contrario, el impulso a sectores menos favorecidos y la necesidad de superar fenómenos de segregación, inferioridad o marginación tornan indispensable que los poderes públicos adopten medidas que, al favorecer a determinados sujetos o colectivos, con miras a disminuir el efecto nocivo generado por la situación en la que se encuentran, lleve a la consagración de distinciones de trato. Nótese que se trata de decisiones amparadas bajo un esquema de razonabilidad, pues no se busca afectar a un grupo en perjuicio del otro, sino de adoptar medidas que, apelando a la realización del mandato de igualdad material, compensen o reparen las previas desigualdades existentes.

150. En este sentido, dentro de los criterios sospechosos a los que alude la prohibición de discriminación se encuentra el sexo. Y ello ha sido reiterado en varios instrumentos internacionales, como ocurre con los artículos 3° y 26 del PIDCP, los artículos 2° y 3° del PIDESC, el artículo 1° de la CADH y el artículo 1° de la CEDAW. Sin embargo, no se vulnera esta prohibición cuando la distinción de trato es justificada y razonable, por responder al deber de realizar el mandato de igualdad material previsto en la Carta, el cual ha sido aplicado por la jurisprudencia reiterada de este tribunal en el caso de la población femenina, al reivindicar a las mujeres como un grupo o colectivo históricamente discriminado y marginado. Por ello, aun cuando el artículo 43 de la Constitución reitera la fórmula de la igualdad formal, al decir que “[l]a mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades”, a continuación impone el deber de excluir toda manifestación de discriminación en contra de la “mujer” y obliga, por lo menos, a la adopción de medidas especiales a su favor durante el embarazo y el parto, y a su tutela en caso desempleo, desamparo o por su condición de cabeza de familia.

151. En otras palabras, como lo ha señalado este tribunal, “no debe olvidarse que, en contacto con la idea de igualdad sustancial, la exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 13 de la Carta, no se detiene en la mera prohibición sino que abarca el propósito constitucional de terminar con la histórica situación de inferioridad padecida por la población femenina; esa decisión autoriza (...) la toma de medidas positivas (...) dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económico y social.”

152. En este sentido, se ha reiterado que: “la igualdad de derechos que se reconoce al hombre y a la mujer no es simplemente de carácter formal, pues en algunos eventos se justifican diferenciaciones en aras de terminar con la histórica discriminación que ha sufrido la población femenina. En este sentido se ‘autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y sociales.’ Es decir, que no siempre que se utilicen criterios distintivos como el sexo, existe un tratamiento discriminatorio; sin embargo, para que estas diferenciaciones sean constitucionalmente válidas, deben sustentarse en criterios razonables y objetivos que así las justifiquen.”

153. La aplicación de la igualdad material lleva entonces a que el trato entre iguales no tenga que ser absolutamente simétrico, ya que en realidad lo que proscribe el texto superior es que las diferencias que se establezcan sean arbitrarias o discriminatorias, motivo por el cual es deber analizar si las distinciones de trato señaladas en la legislación respecto de dos sujetos o grupos de sujetos, que sean susceptibles de ser comparados, tienen una justificación válida o constitucionalmente admisible. Dicha validez, en términos de igualdad material, tiene un importante exponente en las acciones afirmativas, nombre con el que “se designan [las] políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, [o de] lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación.”

154. Estas medidas se diferencian de otras, (i) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos, para fijar una distinción de trato, y (ii) porque si bien pueden generar una desigualdad (lo que hace que algunos suelen llamarlas medidas de discriminación inversa o positiva), “lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad más equitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2° de la Carta, de perseguir un orden justo”. Por ello se ha dicho que estas medidas están expresamente autorizadas por la Constitución, de suerte que las autoridades pueden “(...) apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables.”

155. Sin embargo, la validez de estas medidas depende de (i) la real operancia de las circunstancias discriminatorias, de suerte que no basta con “la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas positivas en favor de las mujeres”, pues es preciso verificar que persista el trato desigual que da razón a su adopción; (ii) las diferencias de trato siempre deben ser razonables y proporcionadas; y la permanencia de las acciones afirmativas son temporales, “pues una vez alcanzada la igualdad real y efectiva pierden su razón de ser”. Precisamente, la CEDAW dispone, en el artículo 3, que “[l]os Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio

y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.” Y en el artículo 4 precisa que: “[l]a adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

156. Dentro de este contexto, se destacan, entre otras, (i) la sentencia C-371 de 2000, en la que se declaró la constitucionalidad de las acciones afirmativas dirigidas a asegurar la participación de las mujeres en la vida política; o (ii) la sentencia C-044 de 2004, en la que se avaló la estabilidad laboral reforzada de las mujeres cabeza de familia en los procesos de renovación de la administración pública. En general, en todos estos casos la Corte ha reiterado que “(...) las acciones afirmativas son medidas adoptadas a partir de contenidos normativos, que si bien discriminan para otorgar consecuencias jurídicas diferentes a ciertos grupos, buscan en últimas lograr la igualdad de todos los grupos. Valga decir, son medidas que pretenden hacia futuro, equiparar la situación de aquellos grupos históricamente discriminados, [con el fin de] atender a la igualdad real y efectiva estipulada en el artículo 13 superior.”

157. Por último, para efectos de su valoración, al tratarse de un juicio vinculado con la garantía del derecho a la igualdad, la Corte se ha referido a la metodología del test integrado, a través del cual se confrontan con la Constitución las medidas legislativas que establezcan tratos disímiles entre iguales o semejantes, teniendo en cuenta el principio básico de autonomía legislativa en los distintos aspectos sociales objeto de regulación, de suerte que, a menor libertad legislativa, mayor es la estrechez, intensidad y rigurosidad del juicio. Sobre este punto se volverá en el examen del caso concreto.

H. LA DINÁMICA DE LA MUJER EN EL ÁMBITO SOCIOECONÓMICO EN COLOMBIA

158. Históricamente, las mujeres han representado la mayoría de la población colombiana. Sin embargo, dicha superioridad numérica ha estado acompañada de dinámicas de discriminación y violencia estructural en su contra que las ha ubicado en un plano de desigualdad o desventaja respecto de los hombres, les ha limitado sus oportunidades y les

ha impedido ejercer plenamente sus derechos. A continuación, se exponen varias estadísticas respecto de la situación actual de las mujeres en distintos ámbitos de la sociedad colombiana.

159. Las mujeres en el ámbito socioeconómico en Colombia. En este ámbito las cifras demuestran que, aun representando más de la mitad de la población, las mujeres actúan en una proporción apenas cercana a la mitad de su capacidad de participación en la actividad económica del país. En efecto, la tasa de participación de las mujeres se ubicó para el año 2020 en 53,1%, indicando que gran parte de la población femenina en edad de trabajar está por fuera de la fuerza laboral. De esta manera, a pesar de haber aumentado 6,7 puntos porcentuales en los últimos diez años –lo que constituye un avance teniendo en cuenta que la tasa de representación de los hombres solamente se incrementó en 2,8 puntos–, lo cierto es que aún existen brechas por corregir y metas importantes por alcanzar en materia de participación laboral.

160. Esta situación en la que se encuentran las mujeres contrasta radicalmente con la realidad de los hombres, para quienes en el 2020 su tasa de participación era del 73,9% y aumentó para el 2022 en un valor correspondiente al 76,5%. Esta amplia diferencia sigue siendo una constante y ha hecho que la brecha entre hombres y mujeres no haya podido cerrarse de forma notable, manteniéndose por encima de los 20 puntos porcentuales . Incluso, entre los años 2020 y 2022, la diferencia se amplió y pasó de 20,8 a 25,1 puntos porcentuales, lo que evidenció un retroceso en la lucha por la paridad de género en el mercado laboral, ello por la disminución de la tasa participación de las mujeres al 51,4%.

161. Este retroceso también se refleja en otros indicadores, por ejemplo, en que 3 de cada 10 mujeres colombianas no cuentan con ingresos propios, mientras que, para el caso de los hombres, la relación es solo de 1 por cada 10 hombres. También se constata que las mujeres reciben, en promedio, 12,1% menos que los hombres por concepto de ingresos laborales. Estos datos dan cuenta de que las mujeres participan en el mundo laboral en condiciones de desventaja frente a los hombres, al tener que enfrentar barreras adicionales como lo son la informalidad, la segregación y el desempleo.

162. En lo que tiene que ver con la informalidad, esta corporación ha indicado que se trata de una modalidad de trabajo que opera al margen de una relación laboral y que, por ende,

perpetua la pobreza, al no contar con las protecciones de estabilidad que otorga la seguridad social. Se trata de un fenómeno “(...) en el cual priman las cualidades individuales, donde las oportunidades son inciertas, los ingresos fluctuantes y se presenta una alta movilidad social”. En Colombia, el 59,7% de la población ocupada se encuentra en estado de informalidad, factor que impacta en mayor proporción a las mujeres, debido a que, por no ser beneficiarias de prestaciones sociales, carecen de acceso a los servicios de salud, a una pensión, a las licencias de maternidad, entre otros.

163. Además, se mantienen estereotipos sobre el rol que debe desempeñar la mujer en la sociedad, específicamente, el de cumplir labores domésticas y de cuidado no remunerado, lo que precisamente las lleva a elegir trabajos informales que les permitan cumplir con sus otras supuestas responsabilidades. De hecho, según las estadísticas publicadas por el DANE en 2020, el 77% del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado es aportado por las mujeres.

164. En cuanto a los trabajos que desempeñan, las mujeres se han concentrado en los sectores de menor productividad para la economía y han sido relegadas a posiciones inferiores en las organizaciones jerárquicas. A modo de ilustración, de acuerdo con la información consignada en la Gran Encuesta Integrada de Hogares realizada por el DANE, mientras el 7% de las mujeres ocupadas realiza trabajo doméstico, solo el 0,3% de los hombres lo hace. Por el contrario, el 4,5% de los hombres ocupa un cargo que implica el ejercicio de poder o liderazgo, mientras que tal relación solo llega al 2,4% en el caso de las mujeres.

165. Las tasas de desempleo de las mujeres se han mantenido más altas frente a lo que ocurre con los hombres en los últimos años. Incluso, se han incrementado de manera más pronunciada, pues mientras que el desempleo de los hombres creció alrededor de 2 puntos, pasando de 8,2% en 2019 a 10,4% en 2022, el de las mujeres subió más de 3,5 puntos porcentuales, pasando de 13,6% a 17,1%, en el mismo periodo. Esta brecha es aún más pronunciada para las jóvenes, pues se ha reportado que el desempleo de las mujeres equivalente al 23% de su fuerza laboral, cifra que triplica el desempleo de los hombres, ubicado en el 7,6%.

166. Finalmente, un dato no menor es el referente a la proporción de mujeres y hombres de

15 años y más que no cuentan con ingresos propios. Para el año 2022, en el caso de los hombres era del 16,7%, mientras que, para las mujeres, era del 39,1%, cifra que claramente duplica su situación frente a la del género masculino y que perpetua las condiciones de inferioridad en que las mujeres viven en sociedad.

167. Datos sobre las mujeres en el ámbito educativo. En el sector de la educación existen factores externos que impactan de manera directa el proceso educativo de las mujeres, por ejemplo, el inicio temprano de la vida reproductiva, que ocurre a una edad menor para ellas, conduce a que, en el ámbito de la educación básica, una de las principales causas de abandono de los estudios sea el embarazo adolescente. Según el DANE, a los 18 años, 1 de cada 6 mujeres colombianas ha tenido al menos un hijo, asumiendo labores domésticas y de cuidado, o de ingreso al mundo laboral de forma prematura para poder cubrir los gastos de manutención. De ahí que, entre las niñas de 10 a 14 años que tienen un hijo, el 60% se encuentra por fuera del sistema educativo, y entre las adolescentes de 15 a 19 años, el 75% ha dejado sus estudios.

168. Este fenómeno reproduce, además, situaciones de vulnerabilidad y dependencia de las mujeres respecto de los hombres y, por ende, amplía la brecha de participación laboral entre los dos sexos. En palabras del DANE, “las brechas más grandes entre hombres y mujeres se presentan en los niveles educativos más bajos”, por cuanto “la probabilidad para un hombre sin escolaridad de ser parte de la fuerza laboral es el doble que la de una mujer con igual nivel educativo”. Incluso la brecha salarial es más amplia en los niveles educativos bajos, pues mientras que las mujeres sin escolaridad perciben un 37,5% menos que los hombres, aquellas con estudios superiores reciben un 18,8% menos.

169. Por otro lado, en lo que respecta a la educación profesional, se ha evidenciado que los estereotipos de género impactan y condicionan la decisión que toman las mujeres frente a su carrera. A pesar de lo anterior, se ha reportado que en los últimos años se ha seleccionado de manera más frecuente carreras profesionales que por tradición era manejadas por los hombres, tales como la administración y la economía.

I. EL IMPACTO DIFERENCIAL Y AGUDIZADO DEL CONFLICTO ARMADO SOBRE LAS MUJERES. Reiteración de jurisprudencia

170. La jurisprudencia constitucional ha resaltado el impacto diferencial y agudizado del

conflicto armado sobre las mujeres. Precisamente, en el marco del seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, mediante el auto 092 de 2008, la Corte manifestó que la violencia ejercida en el conflicto armado interno victimiza de manera diferencial y agudizada a las mujeres, porque “(a) por causa de su condición de género, las mujeres están expuestas a riesgos particulares y vulnerabilidades específicas dentro del conflicto armado, que a su vez son causas de desplazamiento, y por lo mismo explican en su conjunto el impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre las mujeres (...); y “(b) como víctimas sobrevivientes de actos violentos que se ven forzadas a asumir roles familiares, económicos y sociales distintos a los acostumbrados, las mujeres deben sobrellevar cargas materiales y psicológicas de naturaleza extrema y abrupta, que no afectan de igual manera a los hombres”. De otra parte, el auto resaltó que “se encuentran las inequidades e injusticias propias de la discriminación, la exclusión y la marginalización habituales que de por sí deben sobrellevar las mujeres del país en su inmensa mayoría, con la violencia que les es consustancial en espacios públicos y privados[,] patrones de género estructurales que se ven potenciados, explotados, capitalizados y degenerados por la confrontación armada”.

171. Uno de los mayores riesgos de género identificados por la Corte, refiere tanto a los actos de violencia sexual perpetrados como parte integrante de operaciones violentas de mayor envergadura, como a los actos deliberados de violencia sexual cometidos de forma individual y premeditadamente por los miembros de todos los grupos que toman parte en el conflicto. La Corte resaltó que: “[L]a violencia sexual contra la mujer [se ha convertido en] una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano, así como lo son la explotación y el abuso sexuales, por parte de todos los grupos armados ilegales enfrentados, y en algunos casos aislados, por parte de agentes individuales de la Fuerza Pública”. Realidad que desde una visión de interseccionalidad ha sido especialmente padecida por mujeres indígenas y afrocolombianas.

172. Por otra parte, se advirtió en dicha providencia la problemática derivada de la violencia que se genera contra la mujer por el solo hecho de serlo y por tener relaciones familiares, personales o incluso de mero contacto con miembros de la fuerza pública o con otros grupos armados. Tal circunstancia las ha convertido en un objetivo militar predominante, convirtiéndolas en sujeto pasivo de actos que van desde la violencia sexual hasta la tortura y el feminicidio.

173. En el auto 009 de 2015, la Corte constató la persistencia de la violencia sexual perpetrada por actores armados contra mujeres desplazadas. Así, se indicó que: “(i) los actores armados han seguido cometiendo actos de violencia sexual en contra de mujeres; (ii) estos actos se inscriben en contextos de discriminación y las violencias de género; (iii) se ha manifestado en toda clase de actos de barbarie contra las mujeres perpetrados por los diferentes actores armados; (iv) también han sido perpetrados por actores no armados, principalmente aquellos pertenecientes a los círculos próximos de las mujeres en condición de desplazamiento; (vi) tiene alta probabilidad de repetición o de generación de fenómenos de revictimización; (vii) ocurrieron con mayor regularidad en algunos departamentos y en las regiones periféricas del país; (viii) tiene como principales responsables a actores armados como: los paramilitares, las guerrillas, la fuerza pública y los grupos pos-desmovilización; (ix) también ha sido empleada como un arma de guerra, vistos los móviles, modalidades y ocasiones para su ocurrencia” (resaltado fuera de texto).

174. En este sentido, al confirmar la continuidad de los hechos y riesgos constitutivos de violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado y el desplazamiento forzado, se declaró por la Corte que: “(...) todas las autoridades colombianas cuentan con la obligación constitucional e internacional de actuar de manera urgente y con la debida diligencia para: (i) prevenir efectivamente los factores que han dado lugar a la persistencia de la violencia sexual en el marco del conflicto armado interno y el desplazamiento forzado, (ii) atender y proteger a las sobrevivientes de violencia sexual, y (iii) garantizar el cumplimiento de sus derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición”.

175. En la sentencia T-126 de 2018, la Corte reiteró que, “en el caso de Colombia, la violencia sexual contra las mujeres y niñas ha sido una herramienta de guerra. Esto ha sido corroborado por los diferentes testimonios de las mujeres víctimas del conflicto (...)”. Asimismo, resaltó que dicha violencia “es un tipo de agresión muy particular, toda vez que se sustenta en prejuicios sociales discriminatorios contra las mujeres y cargas históricas del género femenino (...)”. En sentencia T-211 de 2019, este tribunal señaló que la violencia contra la mujer en el marco del conflicto armado constituye una violación grave de la Constitución Política, el DIDH y el DIH “y representa un crimen grave que compromete la responsabilidad penal nacional e internacional de sus perpetradores, pues dependiendo de las circunstancias puede ser declarado un crimen de guerra y crimen de lesa humanidad”.

176. Aparte de la jurisprudencia constitucional, en Colombia se han presentado informes que dan cuenta de la violencia ejercida contra las mujeres en el marco del conflicto armado, siendo una de ellas la violencia sexual. Así, el Centro Nacional de Memoria Histórica en el año 2017 publicó el informe: “La Guerra Inscrita en el Cuerpo. Informe Nacional de Violencia Sexual en el Conflicto Armado”. En este documento se sostiene que integrantes de todos los grupos armados han usado la violencia sexual, particularmente sobre niñas, adolescentes y mujeres, y la han convertido en un arma propia del conflicto armado, “pues a través de ella se reproduce la dominación masculina encarnada por los actores armados, se someten las poblaciones y se produce la feminización tanto de los cuerpos de las mujeres como de las mismas comunidades (...)”.

177. De otra parte, el informe advierte las graves consecuencias de la violencia sexual para las mujeres y la revictimización a la que se ven sometidas. En particular, se destacan, entre otras: (i) consecuencias en la salud física, que se reflejan en (a) las cicatrices imborrables del cuerpo; (b) afectaciones en la salud sexual y reproductiva: “dolores bajitos” e infecciones de transmisión sexual; (c) embarazos por violación y maternidades coaccionadas; y (d) afectaciones físicas en mujeres en estado de embarazo; y (ii) afectaciones emocionales, relacionadas con (a) los lenguajes de la repugnancia; (b) la profundidad de los silencios y de la soledad; y (c) la culpa y la revictimización institucional.

178. Recientemente, la Comisión para la Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) publicó su Informe Final, en el que se incluye el tomo “Mi Cuerpo es la verdad. Experiencias de mujeres y personas LGBTIQ+ en el conflicto armado”. En él se retrata, entre otras, lo que les pasó a millones de mujeres en el conflicto armado y se estructura a partir de tres preguntas: ¿qué pasó?, ¿por qué pasó?, y ¿qué pasó con lo que pasó? Como conclusiones, la CEV señala que la guerra impactó a las mujeres en una forma desproporcionada y causó en ellas un impacto diferenciado, lo cual obedeció, entre otros factores, “(...) a la histórica discriminación estructural que afecta sobre todo a mujeres campesinas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras e indígenas, y a los grupos más vulnerables, que incluyen a viudas o aquellas con ingresos más bajos.” Por lo demás, el conflicto ha reforzado un tipo de masculinidad violenta, en la que los actores armados han desarrollado estrategias de entrenamiento que exaltan unos valores acordes con esa visión de la virilidad, manifiesta en las violencias ejercidas contra las mujeres.

179. Por otro lado, la CEV advierte factores de persistencia de afectaciones a las mujeres, y establece recomendaciones para la no repetición de los hechos sufridos. Así, consagra recomendaciones (a) orientadas a fortalecer la capacidad del Estado para avanzar en el logro de la igualdad de género; (b) para potenciar la autonomía de las mujeres y garantizar su reparación adecuada; y, en general, (iii) para adoptar medidas hacia las transformaciones culturales y sociales para la convivencia.

180. Este escenario de impacto diferencial y agudizado del conflicto armado sobre las mujeres también ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la CorteIDH y la CIDH. Por lo demás, es claro que las medidas que se adopten para prevenir, impedir o corregir dicho flagelo adquieren una especial importancia, por cuanto constituyen un desarrollo de los artículos 3, 5 y 9 de la Convención de Belém do Pará, la cual integra el bloque de constitucionalidad. En efecto, conforme con el primero de los dispositivos normativos en mención, “toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”. La garantía de este derecho, como se señala en el mencionado artículo 5, se convierte en el soporte para que las mujeres gocen, en igualdad de condiciones, del resto de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los que son titulares todos los seres humanos. Y, finalmente, el artículo 9 le impone al Estado la obligación de adoptar acciones que tengan “(...) especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.”

181. No sobra, por lo demás, insistir en que el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia se ha admitido, por parte de esta corporación, como un derecho fundamental. De él se derivan al menos dos dimensiones. La primera negativa, que refiere al conjunto de conductas estatales no permitidas y que se encuentran en el artículo 7, literal a), de la Convención Belém do Pará, la cual consagra que los Estados Parte se comprometen a “abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer (...)”. Y la segunda positiva, la cual consiste en el deber estatal de adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar las distintas formas de violencia contra la mujer.

J. EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES. Reiteración de jurisprudencia

182. El mandato de progresividad encuentra fundamento en varios instrumentos internacionales (CP art. 93), sin perjuicio que respecto de este también se aprecian cláusulas constitucionales en el ámbito de la seguridad social (CP art. 48), en la garantía de los derechos sociales de los trabajadores (CP art. 215) y en la manera como debe articularse el marco de sostenibilidad fiscal (CP art. 334). En particular, el inciso 1° del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece el compromiso de los Estados de “(...) adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” .

183. La jurisprudencia constitucional ha admitido que el ámbito de aplicación del principio de progresividad, si bien se vinculó en su origen con la realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con ocasión de los mandatos de interdependencia, indivisibilidad y conexión entre sí, no se encuentra circunscrito a esta categoría de derechos, sino que tiene un espectro más amplio que se predica de cualquier derecho constitucional, es decir, de todos aquellos que “requieran de la adopción de medidas, la destinación de recursos y la creación de instituciones para hacerlos efectivos”. Así, cuando se trata de ámbitos vinculados por lo general con obligaciones de dar o de hacer, la libertad de configuración del Legislador para definir el contenido de dichos derechos no es absoluta, ya que se encuentra sujeta a los principios de no discriminación, así como a la garantía de la no regresividad.

184. Con fundamento en lo anterior, esta corporación ha señalado que el mandato de progresividad de los derechos constitucionales hace referencia al reconocimiento cada vez más amplio de los derechos; mientras que la garantía de la no regresividad implica la prohibición de adoptar medidas que reduzcan injustificadamente su contenido, sus prestaciones, su ámbito de configuración o su grado de protección, como expresión “del principio de interdicción de la arbitrariedad”. Sobre esta prohibición, en la sentencia C-486 de 2016, se dijo que: “si un Estado se compromete en el orden internacional y constitucional a

ampliar gradualmente la eficacia de los contenidos prestacionales de los derechos constitucionales, resulta arbitrario que decida retroceder en ese esfuerzo de manera deliberada”.

185. La Corte ha precisado algunos criterios que deberán aplicarse cuando se enfrente a una medida supuestamente regresiva, toda vez que la prohibición no es absoluta, al existir “situaciones que[,] de conformidad con determinaciones de racionalización de recursos y con el momento histórico de cada Estado[,] admiten el retroceso de la efectividad de algunas garantías, sin que ello suponga necesariamente una arbitrariedad, lo cual se verifica mediante el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida”.

186. Tales criterios implican lo siguiente: Primero, las medidas que involucren un retroceso en el grado de protección o de realización de un derecho se presumen regresivas y, en consecuencia, inconstitucionales. Lo anterior ocurre cuando “se recorta el ámbito sustantivo de protección del derecho o [se] disminuye su radio de protección; se aumenta sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al mismo; o [se] disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a su satisfacción”. Segundo, ningún retroceso puede desconocer el contenido mínimo o esencial del derecho constitucional comprometido, lo cual deberá analizarse caso por caso. Tercero, recae sobre las autoridades la carga de presentar razones que puedan justificar el retroceso.

187. Ahora bien, este tribunal también ha identificado un juicio que deberá aplicarse para evaluar la constitucionalidad de una medida que aparentemente desconoce la regla de no regresividad. Este juicio se integra básicamente con los siguientes pasos: (i) se debe examinar si la medida adoptada persigue una finalidad constitucionalmente válida; (ii) si el instrumento utilizado para alcanzar dicho propósito es idóneo; (iii) si la medida es necesaria, esto es, que no existan otros medios menos regresivos para lograr el fin propuesto; y (iv) si la medida es proporcional en sentido estricto.

K. LAS CIFRAS SOBRE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR EN COLOMBIA Y LA SITUACIÓN A NIVEL MUNDIAL

189. De conformidad con la normatividad vigente, todos los varones entre 18 y 24 años deben prestar el servicio militar en Colombia. Sin embargo, la mayoría de quienes ingresan a las filas están entre los 19 y los 21 años. Ahora bien, en virtud de las 17 excepciones

contempladas en la Ley, solo el 2.2% de esa población está en condiciones reales de prestar el servicio militar. Así las cosas, en la actualidad, cumplen con este deber 73.777 soldados, de los cuales solo el 3%, esto es, alrededor de 1.755 cumplen el nivel de escolaridad de bachillerato, mientras que el 97%, es decir, 72.000 soldados no han terminado sus estudios. Esta cifra ha venido en aumento, como se deriva de las pruebas recaudadas por parte de esta corporación:

2015

2016

2017

2018

2019

2020

2021

72.861

70.762

66.624

64.386

59.382

34.482

70.455

190. Por razones de objeción de conciencia entre los años 2015 a 2022 no han prestado el servicio militar 884 personas, y un total de 130.048, en los últimos seis años, se han excusado en aplicación de alguna de las causales de exoneración previstas en el artículo 12

de la Ley 1861 de 2017.

191. En cuanto a las funciones que desempeñan los soldados durante el servicio militar se encuentran las de proteger a la población, los bienes y la infraestructura crítica de la Nación, restablecer los servicios esenciales que se hayan visto afectados y mantener o restaurar la ley y el orden. Asimismo, proporcionan apoyo en caso de incidentes y protegen los recursos naturales y la biodiversidad. Para ello, según cifras recientes, 58.164 soldados que prestan el servicio militar se encuentran ubicados en zonas de conflicto, lo cual asciende aproximadamente al 80% de los conscriptos. Durante los últimos cuatro años se han presentado 50 pérdidas de vida y 176 lesiones y heridas de distintos niveles de severidad, entre los soldados que prestan el servicio militar.

192. En lo que refiere a los artículos acusados de la Ley 1861 de 2017 y su nivel de aplicación, no existen estadísticas respecto de mujeres transgénero que hayan invocado lo dispuesto en el literal k) del artículo 12 de la ley en mención. Por lo demás, hasta el momento, el servicio militar para las mujeres sigue siendo voluntario, pues no se ha presentado ninguna circunstancia en la que el país lo exija y el Gobierno nacional lo determine. Sobre la forma de aplicación del servicio voluntario se adoptó el artículo 2.3.1.4.2.1 en el Decreto reglamentario 977 de 2018, en el que se dispone que: “servicio militar voluntario para mujeres. El servicio militar voluntario femenino, se sujetará a las necesidades que determinen los Comandantes de la Fuerza Pública y el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, quienes adelantarán el proceso de definición de la situación militar conforme a lo dispuesto en la Ley 1861 de 2017. Parágrafo. La mujer que ingrese a filas se desacuartelará conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 1861 de 2017.” Dentro de las Fuerzas Militares (Ejército, Fuerza Aérea y Armada) se encuentra que, a partir del 1° de febrero de 2023, se dará inicio a la incorporación femenina del primer contingente voluntario en el Ejército, en la que se espera el ingreso de un total de 5.184 mujeres en los 60 Distritos Militares distribuidos en el territorio nacional; mientras que, en la Policía Nacional, se reseña la existencia de un esquema preexistente, en el que un total de 13.999 mujeres se han vinculado de forma voluntaria entre los años 2019 a 2022.

193. Finalmente, se informa a la Corte que el impacto que generaría la disminución o pérdida de la capacidad de acción en el Ejército Nacional, por la reducción de los colombianos que prestan el servicio militar, en cuanto a la presencia castrense y a la percepción de seguridad,

sería de por lo menos un 55%, teniendo en cuenta que dicho contingente tendría que ser reemplazado con soldados profesionales, estos últimos “(...) desatendiendo las misiones importantes que desarrollan (...) contra los diferentes Grupos Armados Organizados y los diferentes factores que (...) desestabilizan la gobernabilidad y el desarrollo socioeconómico del país”. Esta cifra resuelta de tener en cuenta el número de soldados prestadores del servicio militar frente al número de soldados profesionales.

194. En el ámbito internacional, la tendencia global es a la creación de un servicio militar voluntario, no solo para las mujeres, sino también para los hombres. Así, como ejemplo, se encuentran Perú, Argentina (desde 1994), España (desde 2001), Chile (desde 2006), Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Luxemburgo, Japón, Australia, Estados Unidos y Canadá. Por su parte, la prestación del servicio militar obligatorio para las mujeres es una situación extraordinaria que se constata en países como Israel, Venezuela y Noruega. Hasta hace muy poco, también era obligatorio para las mujeres en Corea del Sur, pero dicha condición fue recientemente reformada en el citado país asiático.

L. CASO CONCRETO

195. En el caso bajo examen, como se identificó al momento de plantear el problema jurídico, le corresponde a la Corte decidir si la expresión: “La mujer podrá prestar el servicio militar de manera voluntaria y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine” contenida en el parágrafo 1° del artículo 4 y la expresión: “Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil” contenida en el literal k) del artículo 12, ambas disposiciones de la Ley 1861 de 2017, “por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y movilización”, son contrarias a los artículos 13 y 43 del texto superior, por supuestamente introducir, como lo alega el accionante, una distinción de trato discriminatoria entre hombres y mujeres, basada en un estereotipo de género, por virtud del cual se le otorga a la mujer la posibilidad de escoger si presta o no el servicio militar, como facultad que no tiene el hombre, para quien el servicio siempre será obligatorio y siempre deberá definir su situación militar.

196. Con excepción de la solicitud de inhibición que ya fue examinada y acogida en esta providencia, la mayoría de los intervinientes solicitan a esta corporación que se declaren

exequibles los preceptos legales acusados, incluyendo tres de ellos una propuesta alternativa para que se disponga o se exhorte el cambio del servicio militar de obligatorio a voluntario para todos los colombianos y las colombianas. Por fuero de aquellos intervinientes que propusieron declarar la exequibilidad por la existencia de una cosa juzgada material, petición que también fue negada en esta providencia, se advierte que, por lo general, se considera que los artículos 13 y 43 de la Constitución autorizan al Legislador para brindar tratamientos diferenciados entre hombres y mujeres, desde la diversidad y la desigualdad material en que encuentran estas últimas, a partir del deber constitucional que obliga a proteger a colectivos históricamente discriminados, como ocurre con las mujeres. De esta manera, se ha admitido, como excepción, la posibilidad de implementar normas que permitan impulsar la realización de sus derechos, esto es, de instaurar acciones afirmativas a su favor. Tal circunstancia es la que se ha advertido en la regulación sobre la materia y que, en su momento, condujo a la declaratoria de exequibilidad de una regla similar que ya preveía el servicio militar voluntario en las mujeres, consagrada en el párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993.

197. Dicha determinación se adoptó en la sentencia C-511 de 1994, en la que se justificó la distinción de trato entre hombres y mujeres, por los siguientes motivos: (i) los hombres están “mejor habilitados” para el “desempeño de las labores de la guerra”, por lo que la diferencia “consulta elementos culturales relacionados con la educación, especialmente física, de la mujer en nuestro medio”; y (ii) esta última ha estado en una posición social menguada o desigual que genera obstáculos a su igualdad sustancial, especialmente en materia de educación y trabajo. Lo anterior se ratificó en la sentencia C-007 de 2016, en la que se demandó el mismo artículo de la Ley 48 de 1993 y se dispuso estarse a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994, aclarando que la decisión adoptada en esa oportunidad, se fundamentó “(...) no en las referidas razones vinculadas a estereotipos incompatibles con el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos, sino en las disposiciones constitucionales que permiten –e incluso ordenan– la implementación de acciones afirmativas a favor de las mujeres.”

198. Por los mismos motivos que fueron expuestos en las citadas sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, se considera que la Corte debe declarar la exequibilidad de los preceptos ahora demandados, pues ellos tienen en cuenta “(...) las diferencias sociales, culturales, políticas y económicas, entre otras, que permiten identificar a las mujeres en su diversidad y diferencias como sujetos que históricamente han afrontado discriminación por ser mujeres”,

tan solo excluyendo la referencia a los roles de género que fueron invocados en la primera de las providencias en mención. A ello se debe agregar que las mujeres han padecido fenómenos de violencia en su contra y han sufrido un impacto diferencial y desproporcionado como consecuencia del conflicto armado interno, tal y como se destacó en los autos de seguimiento de la sentencia T-025 de 2004.

199. Finalmente, los intervinientes que propugnan por la prestación voluntaria del servicio militar para hombres y mujeres, o lo hacen por considerar que cabría dar un mismo trato entre ellos, o por estimar que se podría impulsar un debate político sobre la libertad en la prestación del servicio militar en una sociedad que se encuentra en proceso de construcción de la paz. A diferencia de lo expuesto, en tan solo una de las intervenciones ciudadanas, se propone la inconstitucionalidad de la mayoría de las normas demandadas, entendiendo que el servicio militar debe ser obligatorio para ambos sexos, al incurrir en una diferenciación proscrita por el artículo 13 superior, por lo que debe implementarse una orden que incluya un esquema de transición, en la que únicamente se ordene la prestación obligatoria del servicio para las mujeres, a partir del momento de presentación de la acción pública de inconstitucionalidad o de la ejecutoria de esta sentencia.

200. Por su parte, para la Procuradora General de la Nación se debe declarar la exequibilidad de los preceptos legales demandados, por cuanto el trato diferencial que se otorga responde a fines constitucionales importantes, como lo son “paliar o remediar la tradicional inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo”, así como a la necesidad de responder a la situación de violencia que han padecido en el marco del conflicto armado, por la existencia de estereotipos de género. Con sustento en estos objetivos, se concluye que las normas acusadas son efectivamente conducentes para alcanzar dichos fines, por una parte, porque facilitan el ingreso de las mujeres “a la educación superior y promueve[n] su acceso al mercado del trabajo, (...) pues las releva[n] de prestar el servicio militar que constituye una exigencia que podría impedir o alterar el normal curso de sus actividades educativas y laborales”. Y, por la otra, porque les permite “atender la situación especial de violencia que [han padecido] en el marco del conflicto armado, (...) [al no tener que] (...) dedicar [sus] primeros años de vida productiva a recibir instrucción castrense [y al poder] (...) alejarse del escenario bélico, en el cual han sido históricamente violentadas”. En este sentido, lejos de vulnerar la Constitución, la distinción de trato que se cuestiona sigue siendo una acción afirmativa a favor de las mujeres que cumple con el criterio de razonabilidad.

201. Antes de dar respuesta al cargo formulado, la Sala Plena estima necesario referir (i) a los antecedentes legislativos que dieron lugar a la distinción de trato que se cuestiona, y (ii) al nivel de intensidad del juicio de igualdad que debe adoptar la Corte en esta ocasión.

202. Antecedentes legislativos. La Ley 1861 de 2017 se tramitó en el Congreso de la República a través del Proyecto de Ley No. 101 y 154 de 2015 Cámara (acumulados) y 189 de 2016 Senado. En particular, en lo que atañe al actual párrafo 1° del artículo 4 de la ley en cita, que constituye el origen de la distinción de trato que se cuestiona entre hombres y mujeres, se constata que, en realidad, fueron muy pocas las referencias y modificaciones que tuvo a lo largo de su tránsito legislativo. Inicialmente, se aprecia que el trámite de la iniciativa comenzó en la Cámara de la Representantes y al existir dos proyectos acumulados era necesario que en la primera ponencia se procediera con su unificación. Por una parte, el Proyecto No. 101 replicaba la regulación existente en el anterior párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, incluyendo la referencia a las actividades que podrían ser adelantadas por las mujeres en caso de acceder al servicio militar; mientras que, el Proyecto No. 154 introducía, en esencia, el texto que al final fue aprobado en la ley. En el informe de ponencia para primer debate se acogió la propuesta regulatoria que se incluía en este último proyecto de ley.

203. El articulado propuesto tuvo una modificación en la Plenaria de la Cámara, en la sesión en que se debatió su aprobación. Se trató de una proposición que fue realizada por la representante Angelica Lozano, en la que planteó incluir dentro de la norma a los ciudadanos transgénero. Este precepto fue aprobado y continuó con su trámite en el Senado de la República.

204. En esta última corporación el debate sobre el citado artículo se volvió a retomar en la Plenaria, en donde a instancias de la senadora Viviane Morales, entre otras, se consideró que no era necesario incluir a los transgéneros en la norma en cuestión, toda vez que ya existía una causal de exclusión del servicio militar directamente prevista para dicha población en el literal k) del artículo 12. Por virtud de lo anterior, se aprobó la proposición que finalmente dio lugar al texto actualmente vigente del párrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017, en tanto que fue la disposición acogida en la instancia de conciliación.

205. Como se advierte de lo expuesto, no existió en los antecedentes legislativos ninguna

referencia expresa respecto de la distinción de trato que se cuestiona. De ahí que, para efectos de entender el móvil que determina su consagración legal, es preciso tener en cuenta lo señalado en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, en las que se concluyó que se trata de una acción afirmativa que “tiene como fundamento la competencia del Legislador –en atención a la histórica discriminación y exclusión de la que ha sido destinataria la mujer en varios ámbitos de la vida social y política– para establecer un trato especial y favorable respecto de la obligación de prestar el servicio militar. Esta medida, que se articula plenamente con el principio de la igualdad sustancial o material, facilita su ingreso a la educación superior y promueve el acceso al mercado del trabajo al eliminar una exigencia que podría impedir o alterar el normal curso de actividades educativas y laborales.” Esta corresponde a la única justificación admitida de la norma, en cuanto en la citada sentencia C-007 de 2016, se aclaró que no cabía mantener la referencia a las supuestas capacidades físicas de la mujer, al perpetuar un estereotipo de género. Precisamente, en el fallo en mención, se dijo que, en los términos referentes a la acción afirmativa, era la única dirección en que “(...) deb[ía] interpretarse la decisión adoptada en la referida sentencia [C-511 de 1994]”.

206. Nivel de intensidad del juicio de igualdad. Como previamente se manifestó en esta providencia, en lo que respecta al juicio de igualdad, la jurisprudencia reiterada de la Corte ha condensado su desarrollo en dos etapas: (i) lo primero que debe advertir el juez constitucional es si los sujetos bajo revisión (o los supuestos o consecuencias jurídicas que se predicán de ellos) son susceptibles de ser comparados, pues en caso de que encuentre que son claramente distintos deberá declarar la exequibilidad de la norma, sin que pueda proseguirse con la siguiente etapa del juicio. Al contrario, si advierte que lo comparado, en principio, podría ser tratado de la misma forma, (ii) cabe continuar con el examen de adecuación, idoneidad y proporcionalidad del trato diferenciado que consagra la norma censurada, de acuerdo con el nivel de intensidad del juicio que corresponda, destacando los objetivos que se buscan por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlo y la relación entre medios y fines. Para ello, a lo largo de los años, este tribunal ha ido depurando los criterios para determinar si un asunto debe ser sometido a un juicio de intensidad leve, intermedio o estricto, con las exigencias y los requisitos que se adoptaron desde la sentencia C-345 de 2019.

207. En esta ocasión, y como ya se advirtió al realizar el examen de aptitud de la demanda, los sujetos que se invocan sí son susceptibles de ser comparados, pues se alega que existe una discriminación hacia los hombres respecto del tratamiento diferencial que la ley brinda a favor de las mujeres, y que ello resulta injustificado, por cuanto consagra un estereotipo de género que vulnera los artículos 13 y 43 de la Carta. Sobre el particular, este tribunal ya ha advertido que cabe la comparación entre ambos grupos (hombres y mujeres), cuando se invoca la existencia de un trato diferenciado sustentado en discriminación por razones de sexo. En este sentido, en la sentencia C-038 de 2021 se aclaró que: “(...) el sexo es una categoría sospechosa, prohibida por la Constitución –artículo 13 C.P.–. El trato diferenciado que se sustente en este criterio se presume directamente discriminatorio y desconocedor del derecho a la igualdad, a menos que se demuestre la razonabilidad (...) de su uso. Con el objetivo de identificar los casos en los cuales las diferencias de trato introducidas por el Legislador basadas en el sexo están justificadas y resultan medidas afirmativas y no de discriminación indirecta o paternalistas (...) desconocedoras del derecho a la igualdad, se hace necesario valerse de una metodología fundada en el principio de proporcionalidad, aplicable a través del juicio de razonabilidad.”

208. Sobre la base de lo expuesto, y conforme lo solicita la Procuraduría General de la Nación, la Corte debe adelantar en este caso un juicio intermedio de igualdad, siguiendo la línea que recientemente se adoptó por este tribunal en la sentencia C-433 de 2021, conforme con la cual: “(...) [a partir de] los criterios establecidos en la sentencia C-345 de 2019, reiterados recientemente en las sentencias C-432 de 2020 y C-084 y C-218 de 2021, la intensidad intermedia se usa (1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o (2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. Igualmente, (3) en los casos en [los] que existen normas basadas en criterios sospechosos pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados. Esta última hipótesis se presenta en aquellos casos en los que se establecen acciones afirmativas, tales como ‘las (...) que utilizan un criterio de género o raza para promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior’ (...)”.

209. Examen del caso concreto. Con fundamento en los distintos elementos de juicio planteados en esta sentencia, la Sala Plena de este tribunal concluye que los preceptos legales sometidos a revisión deben ser declarados exequibles, por las siguientes razones:

210. En primer lugar, las disposiciones sometidas a revisión cumplen con varias finalidades legítimas e importantes, que se concretan, por una parte, en reconocer la existencia de una acción afirmativa dirigida a las mujeres, cuyo propósito es atender la histórica discriminación y exclusión que han tenido en varios ámbitos de la vida social, en especial, en el acceso al mercado de trabajo y en la posibilidad de continuar con sus estudios e ingresar a la educación superior.

211. En efecto, si bien las mujeres deben prestar el servicio militar de forma obligatoria cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine, la situación de que para ellas se imponga, como regla general, el acceso voluntario, se inscribe dentro de la dinámica de permitirles continuar con su preparación profesional o vincularse a una actividad laboral y no tener que apartarse por al menos un año de su edad más productiva a prestar el servicio, como sucede con los hombres, pues existe una innegable situación de desigualdad o desventaja entre ellos, en lo que respecta a la garantía de acceso y realización de los derechos a la educación y al trabajo, brindado una herramienta a las mujeres para compensar y remediar su situación, a fin de que, mientras el hombre define de forma obligatoria su situación militar como, a manera de deber ciudadano, le impone el Legislador, ella pueda conseguir la satisfacción de sus derechos y avanzar en la superación de la brecha de género que han subsiste en dichas materias. Este fin no solo se ajusta al mandato de igualdad material que se consagra en los artículos 13 y 43 de la Carta, sino que permite realizar del compromiso del Estado de adoptar medidas apropiadas para superar las situaciones de desigualdad en las que se encuentran las mujeres, en los términos señalados en el artículo 3° de la CEDAW.

212. Y, por la otra, también es preciso referir a una finalidad adicional igualmente legítima e importante, que se concreta en atender la situación especial de violencia que han padecido las mujeres en el marco del conflicto armado, pues tanto este tribunal como distintos organismos estatales e internacionales han coincidido en que ellas han soportado un impacto diferencial y agudizado, el cual se ha exteriorizado, entre otras, con actos de feminicidio, amenazas, desplazamiento forzado y violencia sexual en su contra, de forma habitual, extendida y sistemática, incluso por la simple cercanía o el contacto con miembros de la Fuerza Pública, al punto de convertirse en una herramienta permanente de la guerra.

213. Este impacto desproporcionado y diferenciado, agravado en una aproximación

interseccional, en relación con las mujeres campesinas, indígenas o afrocolombianas, implica la necesidad de adoptar medidas de prevención que permitan, salvo los casos en que el servicio militar opera de forma obligatoria, que sean las propias mujeres las que puedan disponer de su voluntad para decidir si desean o no someterse a estos riesgos con efectos en su salud física y emocional, o si, por el contrario, se alejan del escenario bélico, en el cual han sido históricamente violentadas, para potenciar sus capacidades en el ámbito educativo y laboral, a fin de avanzar en el logro de la igualdad de género. Lo anterior adquiere una especial trascendencia cuando, como ya se advirtió en esta sentencia, cerca de un 80% de los conscriptos prestan el servicio militar en zonas de conflicto.

214. Así las cosas, esta finalidad no solo se ajusta a los mandatos de igualdad material que se derivan de los artículos 13 y 43 del texto superior, sino que, además, permite realizar el derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencia, a obtener un trato diferencial por su situación de vulnerabilidad social y a prevenir su afectación por situaciones de conflicto armado, como se dispone en los artículos 3 y 9 de la Convención de Belém de Pará, previamente citados en esta providencia.

215. En relación con este último punto, cabe aclarar que, si bien el Estado colombiano ha venido transitando en procesos dirigidos a la finalización del conflicto armado y la consolidación de la paz, esta segunda finalidad de las normas demandadas no se ve afectada ni desdibujada por dicha situación, pues estos procesos demandan un tiempo considerable en su negociación, aprobación, ejecución y consolidación; de suerte que, mientras ello ocurre, opera plenamente la protección que se brinda a las mujeres, para decidir si se integran o no al servicio militar, sobre la base de los riesgos inherentes que han sido reconocidos.

216. Por lo demás, estas finalidades se predicán por igual de las dos normas objeto de pronunciamiento, pues así como el parágrafo 1° del artículo 4 consagra el principio general de voluntariedad en la prestación del servicio militar para las mujeres, el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 exonera de este deber a quienes, después de su inscripción, “hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil”, lo que se traduce en que las mujeres trans deben recibir el mismo trato de las mujeres cisgénero, con la advertencia de que, frente a estas últimas, como lo ha puesto de presente este tribunal, esta población siempre ha sido objeto de revictimización, tanto en el ámbito del conflicto

armado como en el acceso integral al goce de sus derechos constitucionales, lo que torna aún más apremiante la adopción de medidas a su favor.

217. En segundo lugar, el medio adoptado se advierte como adecuado y efectivamente conducente para alcanzar los mencionados fines, pues la exoneración general de las mujeres de prestar de forma obligatoria el servicio militar contribuye de manera directa e idónea con el propósito más amplio del Estado Social de Derecho de lograr superar la discriminación histórica que han padecido, permitiendo que se concentren en el acceso a los estudios superiores o en el ingreso al mercado laboral, en donde aún se imponen las brechas de género y, además, las estadísticas demuestran que, como consecuencia de la pandemia derivada del COVID-19, se ha agravado nuevamente su situación. Sin ir más lejos, su tasa global de participación se redujo al 51,4% en el 2022, con una diferencia de 25,1% respecto de los hombres, aunado a que el 39,1% de ellas no tiene ingresos propios para vivir a partir del rango de los 15 años o más, frente a una proporción que en los hombres tan solo llega al 16,7%. A ello se agrega la posibilidad de alejarse del escenario bélico, en el que han sido sometidas a una clara violencia de género. En este sentido, lo dispuesto en las normas demandadas se convierte en una herramienta efectiva y apta para poder avanzar en la realización de los derechos civiles y sociales de las mujeres (cisgénero y trans) y para lograr la satisfacción de su derecho a una vida libre de violencia. Incluso, la voluntariedad en sí misma considerada, refuerza sus garantías constitucionales a escoger profesión u oficio y al libre desarrollo de la personalidad (CP arts. 16 y 26).

218. Lo anterior se afianza con las pruebas obtenidas por esta corporación, pues tanto para la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia, la Familia y las Mujeres de la Procuraduría General de la Nación como para la Escuela de Estudios de Género de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia, la medida acusada se justifica en nuestro ordenamiento jurídico, ya que “persisten importantes brechas de género que se deben reducir” y que “constituyen un obstáculo para la garantía de los derechos de las mujeres, en especial para el logro de la igualdad y la no discriminación”.

219. En conclusión, y sobre la base de lo expuesto, es claro que la aplicación del principio de voluntariedad en la prestación del servicio militar, como alternativa que solo se brinda a las mujeres, corresponde a un trato diferente que se encuentra justificado constitucionalmente,

y que no se fija en las capacidades físicas de ambos sexos, sino en la necesidad de adoptar e impulsar una acción afirmativa para lograr la realización de los derechos de las mujeres (en especial, el trabajo y la educación), en un contexto en el que también deben impulsarse medidas para excluirlas del escenario del conflicto armado interno, en el que han sido vistas como un objeto directo de la guerra. Ambos objetivos son legítimos e importantes, y las medidas previstas para ello (por la vía de la excepción a la obligatoriedad y de la exoneración por el cambio del componente de sexo) resultan adecuadas y conducentes para lograr los fines propuestos. Por ello, no cabe la propuesta que se deriva de lo manifestado por el accionante, consistente en suprimir la acción afirmativa que se brinda a las mujeres, logrando que el servicio se torne en voluntario para todos, pues estas medidas gozan de pleno soporte constitucional y no se acredita que ellas sean irrazonables.

220. Ahora bien, por efecto de la demanda propuesta, cabe igualmente tener en cuenta que, además de que se cuestiona la acción afirmativa a favor de las mujeres, el actor termina pretendiendo juzgar que el Legislador les imponga a los hombres el servicio militar obligatorio. Sobre este particular, cabe señalar que la definición de la prestación del servicio militar es asunto cuya competencia recae en el amplio margen de configuración del Legislador, por lo que salvo la adopción de políticas que resulten contrarias a mandatos específicos de la Carta, o que vulneren principios, valores o derechos constitucionales, o que sean irrazonables o desproporcionadas, debe permitirse que opere la forma de estructuración de dicho servicio, en los términos en que se haya regulado por la ley. En virtud de lo anterior, lejos de que en este caso se constate una violación al orden superior, o que se trate de una medida injustificada, lo que se aprecia es el amparo de la igualdad sustancial a través de una acción afirmativa dirigida a impulsar la realización de los derechos civiles y sociales de las mujeres, a la vez que se satisface su derecho a vivir una vida libre de violencia.

221. Por lo demás, la obligatoriedad consagrada legalmente en el servicio militar para los hombres se explica en las distintas intervenciones del Ministerio de Defensa Nacional, pues de no contar con los conscriptos, se presentaría una disminución en la presencia militar y en la percepción de seguridad de por lo menos un 55%, ya que no “se contaría con el pie de fuerza para atender las necesidades de defensa y seguridad que requiere la Nación, ni con las reservas para enfrentar una eventual agresión externa a la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional”, afectando adicionalmente las misiones de

orden público que los soldados profesionales cumplen respecto de los “grupos armados organizados y los distintos factores de inestabilidad que desestabilizan la gobernabilidad y el desarrollo socioeconómico del país”, puesto que tendrían que ocuparse de tareas administrativas y de seguridad en guarniciones, como labores que generalmente se cumplen por quienes prestan el servicio militar.

222. Nótese como, la obligatoriedad también responde a una finalidad legítima e importante, pues se ajusta al amplio margen de configuración del Legislador, y se sustenta en los criterios que la Corte siempre ha invocado para el efecto, esto es, prever un deber ciudadano que se basa en la defensa de la independencia nacional, en la protección de las instituciones públicas y en la participación ciudadana en el logro y mantenimiento de la paz, como objetivos que el Estado no podría garantizar, sin el concurso que actualmente brinda el servicio militar obligatorio en los hombres, al amparo de los artículos 1° y 2°, 95 y 216 de la Constitución, tal y como lo ha señalado este tribunal en las sentencias C-511 de 1994, C-084 de 2020 y C-433 de 2021. La medida es asimismo adecuada y conducente, puesto que las condiciones actuales no le permiten a la Fuerza Pública cumplir con sus obligaciones, en términos de capacidad operacional, únicamente con los soldados profesionales.

223. Bajo este escenario, la Corte también puede concluir que las normas demandadas no consagran un estereotipo de género en contra del sexo masculino, como lo sugiere el accionante. En efecto, tal figura refiere “a una preconcepción de atributos, conductas y características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, cuya creación y uso es particularmente grave cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”. De esta manera, el estereotipo –a diferencia de las acciones afirmativas– se sustenta en un trato desigual por preconcepciones que se vinculan a los roles que deberían tener los géneros. Nada de ello ocurre en este caso, por una parte, porque respecto de los hombres, la consagración del servicio militar obligatorio como regla general, responde al amplio margen de configuración del Legislador sobre la materia, y que se justifica en el propósito de cumplir los fines esenciales del Estado y de realizar los deberes ciudadanos que se consagran en los numerales 3° y 6° del artículo 95 del texto superior. Y, por la otra, porque frente a las mujeres, como ya se ha manifestado en esta sentencia, la regla general del servicio militar voluntario se sustenta, por sobre todo, en la existencia de una acción afirmativa a su favor. En este sentido, y en lo que atañe a la regulación sobre la

materia, no se presenta un estereotipo de género sino la implementación de una acción afirmativa.

224. Finalmente, y en tercer lugar, no se advierte que las medidas adoptadas en las normas objeto de acusación sean evidentemente desproporcionadas, por los siguientes motivos:

* La valoración como acción afirmativa de la regla general del servicio militar voluntario para las mujeres, a diferencia de lo que ocurre con los hombres, ya había sido admitida y avalada en su constitucionalidad, tanto en la sentencia C-511 de 1994 como en la sentencia C-007 de 2016, previamente expuestas. De ahí que, al tratarse de un precedente relevante, es posible proceder a su modificación, siempre que se acredite la existencia de un principio de razón suficiente, lo que no ocurre en el asunto bajo examen, ya que persiste la brecha de desigualdad que avaló la justificación de esta medida, como se acredita al verificar la dinámica que actualmente tienen las mujeres en el ámbito socioeconómico, a lo que se añade lo referente a la necesidad de adoptar medidas preventivas, respecto del impacto diferencial y agudizado que ha tenido el conflicto armado sobre ellas. Adicionalmente, persiste la necesidad requerir la asistencia de los hombres en la prestación del servicio militar, en los términos en que lo autoriza el artículo 216 de la Constitución. De esta manera, atender al precedente, cuando no existen motivos para cambiarlo, permite salvaguardar los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima.

- Una acción afirmativa, como se explicó en esta providencia, exige verificar que persista el trato desigual que da lugar a su adopción, lo cual se constató en el presente caso. Y, además, si bien su permanencia está sujeta a un criterio de temporalidad, la forma como el mismo se aplica depende de lo señalado en el artículo 3° de la CEDAW, por virtud de la cual: “estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”, lo que, como ya se comprobó en esta sentencia, todavía no ha ocurrido.

La distinción de trato que se realiza entre hombres y mujeres es, por lo demás, específica y puntual. Nótese que, conforme con la actual regulación legal, el servicio militar siempre será obligatorio para ambos sexos, en aquellos casos en que las circunstancias del país lo exijan y así lo determine el Gobierno nacional, por lo que a través de dicho mandato se torna efectivo lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 216 del texto superior, según el cual: “Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan

para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. La voluntariedad se inscribe entonces dentro de una habilitación que se otorga al Legislador para establecer las hipótesis en que se exime la prestación del servicio (CP art. 216.3), y que, en este caso, responde a fines constitucionales legítimos, adecuados e importantes.

Sin embargo, adviértase que no se trata de una exclusión total, sino de una reserva condicional que se sujeta a la libertad de acción de las mujeres y al llamamiento que se haga por las autoridades competentes. Esta posibilidad deja a salvo los derechos de las mujeres a escoger profesión u oficio y al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16 y 26), al tiempo que asegura que el Estado, a través de una incorporación vigilada, pueda ir adoptando medidas de verificación y control para modificar los patrones socioculturales que han asimilado el ejercicio de la Fuerza Pública como algo propio de una aparente masculinidad, y para que, por esa vía, igualmente se pueda corregir el mayor impacto que la mujer ha tenido con ocasión del conflicto. Precisamente, desde el Ejército Nacional se está iniciando en el año 2023 el primer proceso de incorporación voluntaria, cuyos antecedentes se remontan al 2019 en la Policía Nacional, con un total de 13.999 mujeres que se han vinculado de forma voluntaria.

- La regla general del servicio militar voluntario para las mujeres, al estar vinculada con la realización de los derechos a la igualdad sustancial, a una vida libre violencia, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio, exige que cualquier cambio que se vaya a adoptar por una autoridad pública, se haga en términos acordes con el principio de progresividad y el mandato de la no regresividad. Esta circunstancia lleva a que, en la medida en que no se ofrecen razones poderosas para adoptar una decisión distinta al precedente relevante actualmente vigente sobre la materia y que, por el contrario, sean más los motivos que justifican la distinción de trato que se cuestiona, tal y como se ha señalado en esta providencia, no sea posible imponer el servicio militar obligatorio a las mujeres, como se derivaría de una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de las normas acusadas. Por el contrario, en clave de progresividad, lo que le corresponde al Legislador es evaluar si están dadas las condiciones para que el servicio –sobre la base del examen de las preocupaciones que se manifiestan por la Fuerza Pública, en términos de capacidad operacional para cumplir con sus obligaciones– deje de ser obligatorio para los hombres, y se profesionalicen en su integridad las labores de seguridad del Estado. Esta alternativa fue admitida desde la sentencia C-511 de 1994 y se reitera en esta oportunidad.

Por lo demás, y conforme con el mandato de no regresividad, adviértase que no existe antecedente alguno en el que las mujeres hayan sido vinculadas de forma obligatoria al servicio militar. Tan solo hasta la Ley 1ª de 1945 se hizo alusión a su deber de pagar una cuota de compensación cuando devengaran sueldo del tesoro público y se aludió a la alternativa de poder llegar a ser llamadas a las filas, en caso de una guerra internacional, hipótesis que cabría en la actual regulación prevista en el artículo 216 de la Constitución y en el párrafo 1º del artículo 4º de la Ley 1861 de 2017.

- Por último, cabe mencionar que el texto demandado del literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, por virtud del cual: “Están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad (...) k) Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil”, tampoco constituye un estereotipo de género, siguiendo lo señalado con anterioridad. En efecto, tal precepto se remonta a la sentencia T-099 de 2015, en la que este tribunal determinó que las mujeres transgénero debían ser tratadas de la misma manera que las mujeres cisgénero. Y que, de proceder de forma distinta, se estaría incurriendo en un trato discriminatorio fundado en la identidad de género. Esta regla se reiteró en las sentencias C-584 de 2015 y C-006 de 2016, en las que a pesar de que este tribunal se declaró inhibido para adoptar un fallo de fondo respecto del párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993, se señaló que: “(...) en materia de servicio militar las mujeres trans deben ser tratadas como lo que son, es decir, como mujeres”, por lo que frente a ellas se predicen el conjunto de razones y motivos que justifican la distinción de trato dispuesta por el Legislador para efectos de la prestación del servicio militar, en los términos anteriormente señalados en esta providencia, con la particularidad de que, como ya se mencionó, en el caso de las consecuencias del conflicto armado y en el acceso integral al goce de sus derechos constitucionales, la población trans siempre ha sido objeto de una revictimización, lo que torna aún más apremiante la acción afirmativa a su favor.

225. En conclusión, en la medida en que la distinción de trato impugnada se ajusta a la Constitución, a la Convención de Belém do Pará y a la CEDAW, no es procedente la declaratoria de inconstitucionalidad de los preceptos demandados, así como tampoco es posible extender la regla general de la voluntariedad en la prestación del servicio militar a los hombres, en tanto que respecto de ellos el Legislador, en su amplio margen de configuración normativa, previó una fórmula de incorporación distinta, que se justifica en aras de cumplir

los fines esenciales del Estado y de realizar los deberes ciudadanos que se consagran en los numerales 3 y 6 del artículo 95 del texto superior, sin perjuicio de que pueda llegar a adoptarse una solución distinta, al amparo de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 216 de la Constitución y de la jurisprudencia expuesta en esta sentencia. Lo que resultaría acorde con la tendencia internacional hacía la creación de un servicio militar voluntario.

226. En resumen, las acciones afirmativas a favor de las mujeres no pueden interpretarse como una violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 constitucional. Por el contrario, son una estrategia para su materialización, toda vez que el concepto de igualdad es relacional, lo que conlleva un análisis concreto en el que se determinen las diferencias y se identifiquen las situaciones de discriminación histórica o brechas de desigualdad que en un Estado Social de Derecho deben ser corregidas. La prestación del servicio militar voluntario para las mujeres responde, precisamente, a una acción afirmativa y a un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, que establece la garantía de la igualdad formal y material. Por último, la voluntariedad del servicio para las mujeres como medida afirmativa en su favor, se sustenta en las desigualdades históricas que afrontan por el hecho de ser mujeres. Esta es una acción necesaria para promover la garantía de sus derechos y la disminución de las brechas que debido al género se acentúan, entre otros, en contextos de conflicto armado interno.

227. En el asunto bajo examen, le correspondió a la Corte decidir si la expresión: “La mujer podrá prestar el servicio militar de manera voluntaria y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine” contenida en el parágrafo 1° del artículo 4 y la expresión: “Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil” contenida en el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, “por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y movilización”, son contrarios a los artículos 13 y 43 del texto superior, por supuestamente introducir, como lo alega el actor, una distinción de trato discriminatoria entre hombres y mujeres, basada en un estereotipo de género, por virtud del cual se le otorga a la mujer la posibilidad de escoger si presta o no el servicio militar, salvo cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine, como facultad que no tiene el hombre, para quien el servicio siempre será obligatorio y siempre deberá definir su situación militar.

228. Para comenzar, cabe aclarar que antes de fijar el alcance del problema planteado, en los términos previamente expuestos, la Corte se pronunció sobre la aptitud de la demanda, examen que la llevó a concluir que los reproches formulados contra los artículos 29, 30 y 31 de la Ley 1861 de 2017 no satisfacían la carga de certeza y, por ende, no permitían adoptar un fallo de fondo, a lo cual agregó el examen sobre los precedentes existentes en la materia, lo que condujo a descartar la existencia de una cosa juzgada material frente a la disposición examinada en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, más allá de reconocer que lo allí resuelto adquiriría el valor de precedente relevante.

229. Al momento de adelantar el examen de fondo frente a los preceptos respecto de los cuales se admitió la idoneidad de la demanda, la Corte concluyó que la distinción de trato impugnada se ajusta a la Constitución, a la Convención de Belém do Pará y al CEDAW, por lo que no resulta procedente la declaratoria de inconstitucionalidad que se propone. Para ello adelantó un juicio de igualdad de intensidad intermedia, en el que constató que la circunstancia de que para las mujeres se imponga, como regla general, el acceso voluntario al servicio militar, se explica por (i) la necesidad de otorgar a su favor una acción afirmativa, con miras a realizar sus derechos al trabajo y a la educación, respecto de los cuales persiste una brecha de género, aunado (ii) a la necesidad de atender la situación especial de violencia que han padecido en el marco del conflicto armado, acorde con su derecho a tener una vida libre de violencia.

230. El medio adoptado se advirtió como adecuado y efectivamente conducente para alcanzar los mencionados fines, pues la exoneración general de las mujeres de prestar de forma obligatoria el servicio militar contribuye de manera directa e idónea con el propósito más amplio del Estado Social de Derecho de lograr superar la discriminación histórica que han padecido, permitiendo que se concentren en el acceso a los estudios superiores o en el ingreso al mercado laboral, en donde aún se imponen las brechas de género y las estadísticas demuestran que, como consecuencia de la pandemia derivada por el COVID-19, se ha agravado nuevamente su situación. Sin ir más lejos, su tasa global de participación se redujo al 51,4% en el 2022, con una diferencia de 25,1% respecto de los hombres, aunado a que el 39,1% de ellas no tiene ingresos propios para vivir a partir del rango de 15 años o más, frente a una proporción que en los hombres tan solo llega al 16,7%. Además, la posibilidad de alejarse del escenario bélico, en donde han sido sometidas a una clara violencia de género, les permite tener herramientas efectivas y aptas para poder avanzar en

la realización de sus derechos civiles y sociales y lograr la satisfacción de su derecho a una vida libre de violencia. Incluso, la voluntariedad en sí misma considerada, refuerza sus garantías constitucionales a escoger profesión u oficio y al libre desarrollo de la personalidad (CP arts. 16 y 26).

231. Finalmente, no se advirtió que la medida cuestionada sea evidentemente desproporcionada, por motivo (i) del amplio margen de configuración normativa del Legislador en la materia; (ii) por la falta de razones para modificar el precedente relevante dispuesto en las citadas sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, en las que este tribunal había avalado la constitucionalidad de una norma similar a la actualmente impugnada, que también consagraba como regla general la voluntariedad en el servicio militar por parte de las mujeres; (c) porque, al tratarse de una acción afirmativa, esta solo debe cesar cuando se han alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato que la justifican, lo cual, como se comprobó en esta sentencia, todavía no ha ocurrido; y (d) porque la distinción que se realiza entre hombres y mujeres es específica y puntual, tanto así que el servicio militar siempre será obligatorio para ambos sexos, en aquellos casos en que las circunstancias del país lo exijan y así lo determine el Gobierno nacional, aunado a que la exclusión opera como una reserva condicional que se sujeta a la libertad de acción de las mujeres y al llamamiento que se haga por las autoridades competentes, lo que asegura que el Estado, a través de una incorporación vigilada, pueda ir adoptando medidas de verificación y control para modificar los patrones socioculturales que han asimilado el ejercicio de la Fuerza Pública como algo propio de una aparente masculinidad, y para que, por esa vía, igualmente se pueda corregir el mayor impacto que la mujer ha tenido con ocasión del conflicto armado.

232. Adicionalmente, se señaló (e) que la regla general del servicio militar voluntario para las mujeres, al estar vinculada con la realización de los derechos a la igualdad sustancial, a una vida libre violencia, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio, exige que cualquier cambio que se vaya a adoptar por una autoridad pública, se haga en términos acordes con el principio de progresividad y el mandato de la no regresividad, sin que se hayan presentado razones en este caso para excepcionar la aplicación de esta última garantía. A ello se añadió que (f) las normas acusadas no consagran un estereotipo de género en contra del sexo masculino, y que, específicamente, en lo corresponde al literal k) del artículo 12 de Ley 1861 de 2017, este tribunal ha determinado (g) que las mujeres transgénero deben ser tratadas de la misma manera que las mujeres

cisgénero, por lo que frente a ellas se predicen el conjunto de razones y motivos que justifican la distinción de trato dispuesta por el Legislador para efectos de la prestación del servicio militar, con la particularidad de que, en el caso de las consecuencias del conflicto armado y en el acceso integral a sus derechos constitucionales, la población trans siempre ha sido objeto de una revictimización, lo que torna aún más apremiante la acción afirmativa a su favor.

233. Por último, se aclaró que tampoco era posible extender la regla general de la voluntariedad en la prestación del servicio militar a los hombres, en tanto que respecto de ellos, en su amplio margen de configuración normativa, el Legislador previó una fórmula de incorporación distinta, que se justifica en el propósito de cumplir los fines esenciales del Estado y de realizar los deberes ciudadanos que se consagran en los numerales 3 y 6 del artículo 95 del texto superior, sin perjuicio de que pueda llegar a adoptarse una solución distinta, desde el ámbito legal, al amparo de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 216 de la Constitución y de la jurisprudencia expuesta en esta sentencia. Lo que resultaría acorde con la tendencia internacional hacia la creación de un servicio militar voluntario.

. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo, y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES la expresión: “La mujer podrá prestar el servicio militar de manera voluntaria y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine” contenida en el parágrafo 1° del artículo 4 y la expresión “Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil” contenida en el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 “por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”, por el cargo analizado en esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Ausente con comisión

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con impedimento aceptado

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA C-059/23

Referencia: expediente D-14.665

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, aclaro mi voto por considerar que la decisión adoptada debió valorar con mayor rigor la satisfacción de la carga argumentativa mínima que se exige de los demandantes cuando la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de una norma materialmente análoga.

A pesar de que la Corte se pronunció en las sentencias C-511 de 1994, C-007 de 2016 y C-659 de 2016 sobre un contenido normativo igual al que ahora se cuestiona –artículo 10 de la Ley 48 de 1993–, a pesar del mayor número de disposiciones que se censuran en la presente demanda, el accionante no propuso ningún argumento para superar la existencia de cosa juzgada respecto de tales providencias (cfr., al respecto, la fundamentación abstracta de las recientes sentencias C-055 de 2022 y C-233 de 2021). Esto es, no brindó ninguna razón para justificar (i) si había existido un cambio en el significado material de la Constitución; (ii) en el contexto normativo en que se inserta la disposición o (iii) un cambio en el parámetro de control constitucional.

Este mayor rigor era exigible, dado que, de un lado, de una valoración integral de estas tres providencias era evidente que el contenido normativo fundamental que se demandaba (párrafo primero del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017) era materialmente análogo al del artículo 10 de la Ley 48 de 1993. De otro lado, en las citadas providencias se valoró el presunto trato discriminatorio que la disposición otorgó a los hombres respecto de las mujeres, en cuanto a la prestación del servicio militar. De hecho, en la Sentencia C-007 de 2016, la Corte se estuvo a lo resuelto en la Sentencia C-511 de 1994, al considerar que el

demandante “no cumplió las condiciones mínimas de argumentación para debilitar los efectos de la cosa juzgada”.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA C-059/23

2. La Sala Plena se preguntó si la expresión acusada era contraria a los artículos 13 y 43 del texto superior, por introducir una distinción de trato discriminatoria entre hombres y mujeres, basada en un estereotipo de género, por virtud del cual se le otorga a la mujer la posibilidad de escoger si presta o no el servicio militar, como facultad que no tiene el hombre, para quien el servicio siempre será obligatorio y siempre deberá definir su situación militar.

3. La Corte concluyó que la distinción de trato impugnada se ajusta a la Constitución, a la Convención de Belém do Pará y a la CEDAW, por lo que no resultaba procedente declarar la inconstitucionalidad que se propuso en la demanda. Para ello adelantó un juicio de igualdad de intensidad intermedia, en el que constató que la circunstancia de que para las mujeres se imponga, como regla general, el acceso voluntario al servicio militar, se explica por (i) la necesidad de otorgar a su favor una acción afirmativa, con miras a realizar sus derechos al trabajo y a la educación, respecto de los cuales persiste una brecha de género, aunado (ii) a la necesidad de atender la situación especial de violencia que han padecido en el marco del conflicto armado, acorde con su derecho a tener una vida libre de violencia.

4. Aunque comparto la decisión adoptada por la mayoría considero que la Sala Plena tuvo la oportunidad de pronunciarse desde un escenario adicional al propuesto por el ponente. De la demanda es posible extraer una segunda lectura de la acusación; en efecto, podría entenderse que lo que recrimina el demandante es que el servicio militar para los hombres sea obligatorio, no que el servicio militar para las mujeres sea voluntario. Esta diferencia, aunque podría parecer sutil, debió ser enfrentada con mayor determinación por la Sala Plena.

5. Visto así, el cargo por vulneración del derecho a la igualdad no se fundamentaría en la necesidad de equiparar los derechos de los hombres y las mujeres para que todos estén obligados a prestar el servicio militar (situación resuelta en la C-511/94 y C-007/16); lo que se pretendía en nuestro sentir –también– es un trato igual con relación al carácter voluntario de la prestación del servicio militar.

6. Aunque en la demanda inicial el accionante no es del todo claro con la estructura del alegato, en la corrección evidencia su inequívoca intención: “la pretensión es que, tanto para el hombre como para la mujer, en principio el servicio militar sea voluntario, y obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el gobierno nacional lo determine, de esta manera, estaríamos cerrando una brecha más, en la histórica desigualdad entre hombres y mujeres, respetando la igualdad consagrada en el texto superior, tanto en el preámbulo, como en el artículo 13 y el artículo 43 de su texto normativo”.

7. Al desarrollar el test de igualdad la ponencia advierte que la medida –prestación del servicio militar obligatorio para hombres y voluntario para mujeres– no es evidentemente desproporcionada. Para ello ofrece varios argumentos, de los cuales dos corresponden directamente con el planteamiento que se propone en esta aclaración.

8. Acorde con la sentencia “en clave de progresividad, lo que le corresponde al Legislador es evaluar si están dadas las condiciones para que el servicio –sobre la base del examen de las preocupaciones que se manifiestan por la Fuerza Pública, en términos de capacidad operacional para cumplir con sus obligaciones deje de ser obligatorio para los hombres, y se profesionalicen en su integridad las labores de seguridad del Estado. Esta alternativa fue admitida desde la sentencia C-511 de 1994 y se reitera en esta oportunidad”.

9. Además, asegura la providencia que las normas acusadas tampoco consagran un estereotipo de género en contra del sexo masculino porque, “respecto de los hombres, la consagración del servicio militar obligatorio como regla general, responde al amplio margen de configuración del Legislador sobre la materia, y que se justifica en el propósito de cumplir los fines esenciales del Estado y de realizar los deberes ciudadanos que se consagran en los numerales 3° y 6° del artículo 95 del texto superior”.

10. Estas dos consideraciones son efectivamente pertinentes para solucionar el caso concreto. Sin embargo, la Sala Plena no avanzó en el análisis propuesto por el demandante,

si bien el legislador tiene amplio margen de configuración para establecer la prestación del servicio militar obligatorio para los hombres, dicho margen no es absoluto pues debe responder a los límites constitucionales.

11. En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Expediente D-14665

Página de