

Sentencia C-659/16

SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO-Mujeres no deben ser discriminadas por el tipo de labores que pueden cumplir/SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO PARA LAS MUJERES-Restricción de ciertas actividades constituye una medida inadecuada y configura discriminación por cuanto mantiene y propicia un estereotipo de género en su contra

La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que la medida estudiada en el presente proceso de inconstitucionalidad resulta inadecuada e innecesaria para lograr los fines persigue, de acuerdo con lo que se deduce del mismo texto normativo. La Sala también considera que la medida acusada es desproporcionada, por cuanto afecta considerablemente los derechos de las mujeres, bajo el supuesto de querer favorecerlos, manteniendo y propiciando un estereotipo de género en su contra. Por lo tanto, es claro que no es una medida razonable, de acuerdo con el juicio integrado de igualdad que la jurisprudencia de esta Corte aplica en estos casos para encontrar una solución (un juicio estricto). En consecuencia, tal como lo argumentan los demandantes a la luz de los parámetros de constitucionalidad vigentes, la disposición acusada (artículo 10, parcial, de la Ley 48 de 1993) resulta contraria a los derechos a la igualdad de género protegidos por la Constitución Política de Colombia (artículos 13 y 43), así como el bloque de constitucionalidad en la misma materia, que se incorpora en Colombia a través del artículo 93 de la Constitución. La Corte precisa que la presente decisión busca asegurar que las actividades que deba y pueda desarrollar en el servicio militar cada persona que lo preste (obligatoria o voluntariamente), se determinen con base en las necesidades del servicio, según criterios objetivos y razonables, que tengan en cuenta las características de cada persona individualmente considerada. No pretende la Corte que toda persona esté capacitada para cualquier tarea. A cada cual según sus capacidades. Sin embargo, es claro que en un estado social de derecho, las actividades que alguien pueda o deba desarrollar no se deben determinar basándose simple y únicamente en el criterio del sexo, categoría sospechosa de discriminación. Las medidas que limitan las actividades que la mujeres pueden desempeñar durante el servicio militar voluntario, que se fundamentan en un estereotipo que supone que la mujer no es apta para las actividades militares son (i) irrazonables y desproporcionadas constitucionalmente, (ii) contrarias a los valores y

principios de una sociedad igualitaria y (iii) preservan y fomentan el estereotipo, y modelos patriarcales de dominación y de violencia contra la mujer.

CORTE CONSTITUCIONAL-Fallos hacen tránsito a cosa juzgada/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Alcance/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Particularidades según su naturaleza/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Formas/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Efectos

LEY QUE REGLAMENTA EL SERVICIO DE RECLUTAMIENTO Y MOVILIZACION-Decisiones de constitucionalidad sobre la Ley 48 de 1993

DEMANDA SOBRE RESTRICCIÓN DE CIERTAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA MUJER EN EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO FRENTE A LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Inexistencia de cosa juzgada constitucional/RESTRICCIÓN DE CIERTAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA MUJER EN EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO-Cambio del parámetro de control constitucional entre la fecha que se profirió la sentencia C-511/94 y el momento actual que justifica nuevo examen de la norma

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Cambio de parámetro frente a la discriminación por asignación de roles para los diferentes sexos/PARAMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS LEGALES FRENTE A LA DISCRIMINACION DE LAS MUJERES-Evolución significativa

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Casos que permiten nuevo examen sobre una norma declarada exequible anteriormente/NUEVO JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Modificación del parámetro de control constitucional/NUEVO JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Cambio en la significación material de la Constitución/NUEVO JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Variación del contexto normativo del objeto de control

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Cambio de parámetro frente a la sentencia C-511/94

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Modificación frente al bloque de constitucionalidad/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Noción/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Función integradora y función interpretativa/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Instrumentos internacionales de derechos humanos/DERECHO

INTERNACIONAL E INTERAMERICANO Y DERECHO INTERNO-No es cuestión de jerarquía normativa sino de vínculo guiado por los principios de complementariedad y subsidiariedad

CONVENCION BELEM DO PARA-Establece el derecho a la igualdad de la mujer/CONVENCION BELEM DO PARA-Alcance CONVENCION BELEM DO PARA-Medidas contra la discriminación y violencia contra la mujer en sentencia C-408/96/CONVENCION BELEM DO PARA FRENTE A LA DISCRIMINACION O VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Jurisprudencia constitucional

PROTOCOLO DE SAN SALVADOR FRENTE A LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL AMBITO LABORAL-Tratado adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales/PROTOCOLO DE SAN SALVADOR-Jurisprudencia constitucional

IGUALDAD DE DERECHOS Y OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Cambio en la significación material de los artículos 13 y 43 de la Constitución Política

IGUALDAD DE DERECHOS Y OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Instrumentos, recomendaciones y decisiones internacionales como elementos relevantes para la interpretación de la Carta Política/DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-Derecho progresivo

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Criterio relevante frente al alcance y contenido de los derechos y deberes consagrados en el ordenamiento jurídico interno

IGUALDAD DE DERECHOS Y OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Variación jurisprudencial sobre la interpretación de los artículos 13 y 43 de la Constitución Política/IGUALDAD DE DERECHOS Y OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Jurisprudencia constitucional/IGUALDAD DE DERECHOS Y OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Evolución en el sentido y alcance de los artículos 13 y 43 de la Carta Política

NORMA SOBRE RESTRICCION DE CIERTAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA MUJER EN EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD-Cambio en el

contexto normativo

Las modificaciones generadas por las declaratorias de inexequibilidad o exequibilidad condicionada han estado dirigidas principalmente en dos vías: la primera en hacer menos gravosa la obligación y consecuencias del servicio militar, de forma que no se convierta en una carga desproporcionada para los ciudadanos, y la segunda, en adecuar la Ley a las exigencias del derecho a la igualdad, tanto en las excepciones, como en los beneficios que se generan de forma que no se generen discriminaciones ni diferenciaciones que generen desequilibrios entre los ciudadanos.

NORMA SOBRE RESTRICCIÓN DE CIERTAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA MUJER EN EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO FRENTE A LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Test integrado de igualdad/IGUALDAD DE DERECHOS Y OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Test de igualdad/IGUALDAD DE DERECHOS Y OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Test de razonabilidad

DERECHO A LA IGUALDAD-Carácter relacional/TEST DE IGUALDAD-Presupuestos/TEST INTEGRADO DE IGUALDAD-Etapas/TEST DE IGUALDAD-Intensidad

RESTRICCIÓN DE CIERTAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA MUJER EN EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO FRENTE A LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Alcance normativo

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Alcance/SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Características

NORMA SOBRE RESTRICCIÓN DE CIERTAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA MUJER EN EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO FRENTE A LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Diferencia de trato/NORMA SOBRE RESTRICCIÓN DE CIERTAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA MUJER EN EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO FRENTE A LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Test estricto de razonabilidad/RESTRICCIÓN DE CIERTAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA MUJER EN EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO FRENTE A LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Medida de exclusión en razón de estereotipos de género sobre la capacidad física

Es dado concluir que existe una diferencia de trato entre hombres y mujeres en cuanto a las

actividades en que pueden adelantar su servicio militar. Mientras que los hombres, en el servicio militar pueden desempeñar todas las tareas que les sean asignadas por la necesidad del servicio, a las mujeres se les confina a los oficios 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, en los términos de la norma acusada. En este caso el legislador ha dispuesto que sea el sexo el criterio que determina las labores que las mujeres no deben desempeñar en su servicio militar. Formulado negativamente, es el sexo la razón por la cual las mujeres no pueden adelantar funciones militares o policiales en la prestación de su servicio militar voluntario. Conforme se tiene establecido, el criterio sexo es una de las “categorías sospechosas” que se encuentran relacionadas en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por haber sido históricamente utilizada para discriminar, es decir, para establecer diferencias de trato que resultan restrictivas del goce y ejercicio de los derechos humanos. En el caso concreto el criterio sexo es utilizado para restringir el acceso de las mujeres a tareas de las cuales han sido históricamente excluidas, no como una herramienta para superar la discriminación sistemática de la cual han sido víctimas. No se trata de una medida afirmativa dirigida a superar barreras estructurales que impidan a la mujer acceder a sus derechos o a contrarrestar los efectos de la discriminación (como su promoción en el ámbito político). Por el contrario, se trata de una medida dirigida a excluir a las mujeres de las actividades militares de las que siempre han sido exceptuadas en razón de estereotipos sobre su capacidad física. Es una medida que refuerza los paradigmas discriminatorios y genera una barrera laboral de forma indirecta, con lo cual genera unos efectos perversos, contrarios a los que supuestamente la motivan. Por lo tanto, y según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, procede en este caso la aplicación del test estricto de razonabilidad, por estar de por medio una clasificación sospechosa enumeradas en el artículo 13 de la Constitución, el sexo.

SERVICIO MILITAR-Igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres

Los supuestos de hecho en el presente caso están relacionados con la prestación del servicio militar, entre hombres y mujeres. Se trata de la misma función y de sujetos de igual naturaleza. La prestación del servicio militar no exige, en sí misma, una condición sexual

determinada, puesto que ninguna de las actividades o funciones relacionadas está ligada a condiciones propias de un sexo u otro. Evidentemente la prestación idónea de las actividades físicas implicadas en las labores militares o policiales, requieren de ciertas condiciones de salud y preparación física y psicológica que deben ser evaluadas en el momento de la incorporación, pero dichas condiciones no tienen ninguna relación con el sexo de cada persona. En otras palabras, hombres o mujeres pueden cumplir o no cumplir con los requisitos objetivos para la prestación de las actividades propias del servicio militar, independientemente de cuál sea su sexo. Por lo tanto, el término de comparación en el caso concreto es válido, se trata de supuestos de hecho susceptibles de ser comparados: situaciones y sujetos de la misma naturaleza.

TEST Estricto de Igualdad-Jurisprudencia constitucional

RESTRICCIÓN DE CIERTAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA MUJER EN EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO FRENTE A LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Cambio de parámetro obsoleto y actualmente censurable de la sentencia C-511/94/RESTRICCIÓN DE CIERTAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA MUJER EN EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO FRENTE A LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES-Estereotipo de género que asume situación de inferioridad, legitima la perpetuación de prácticas discriminatorias y excluyentes

La justificación de la medida en la discusión legislativa, así como la reflexión de la Corte, hacen de la presente una oportunidad para superar un parámetro obsoleto y actualmente censurable de control de constitucionalidad, y avanzar a un examen que deje atrás un estereotipo paradigmático y discriminatorio que atenta contra los derechos de la mujer. Sostener hoy en día que se pueden hacer diferenciaciones entre hombres y mujeres fundados en “cierta tradición de 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 (...)” es una grosera transgresión de los compromisos internacionales que protegen los derechos de las mujeres. Este estereotipo que asume que las mujeres están en una situación de inferioridad frente a los hombres para desempeñar una tarea es un criterio reprochable que desatiende toda evidencia científica y social, y sirve como excusa para legitimar la perpetuación de prácticas discriminatorias y excluyentes contra las mujeres. La Corte es consciente de que en este

caso, su decisión anterior se tomó en el contexto de los avances de igualdad de género alcanzados en aquel momento. Pero a la luz de la teoría de la constitución viviente, y luego de analizar detenidamente cómo ha evolucionado tanto el parámetro de control, como la significación material de la constitución e incluso el contexto normativo de la disposición, es claro que el criterio que utilizó el legislador y que pareciera haber avalado la Corte no es admisible actualmente.

MUJER-Individuo con iguales derechos y oportunidades

RESTRICCION DE CIERTAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA MUJER EN EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO FRENTE A LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES-No produce ningún beneficio para ellas ni para la función administrativa militar o policial

Referencia: Expediente D-11364

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”.

Actores: Omar Emilio Ariza Rangel y Omar Alirio Prada O’meara

Magistrado Ponente:

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Bogotá D.C., 28 de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad -arts. 241 y 242, CP -, los ciudadanos Omar Emilio Ariza Rangel y Omar Alirio Prada O’meara demandaron parcialmente el parágrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el

servicio de Reclutamiento y Movilización”, por considerarlo violatorio del principio de igualdad (art. 13, CP) y la reglas constitucionales sobre la fuerza pública (art. 216, CP) y del bloque de constitucionalidad conformado por los artículos 1º y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, al establecer un trato discriminatorio, basado en estereotipos de género, al impedir a las mujeres desempeñar las mismas actividades que los hombres durante su servicio militar voluntario.[1] Cumplidos los trámites previstos en la Constitución (art. 242) y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto del párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”, según su publicación en el Diario Oficial No. 40.777 del 4 de marzo de 1993 y se subraya el aparte demandado: [2]

LEY 48 DE 1993

“Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”

“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.”

III. LA DEMANDA

Los demandantes consideran que la norma acusada de inconstitucional (parágrafo, art. 10, Ley 48 de 1993), contraviene el principio de igualdad (art. 13, CP y bloque de constitucionalidad, artículos 1º y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer), según se expone a continuación:

1. Los accionantes enarbolan el argumento según el cual, los apartes impugnados de la Ley 48 de 1993 constituyen una discriminación y trato desigual contra la mujer basándose para ello en su condición como mujer. 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.

2. Los demandantes mencionan la sentencia C-511 de 1994,[3] que se refirió, a su juicio, en un dicho de paso (obiter dicta), al parágrafo impugnado. Señalan en el escrito que “el fallo de la Corte[4] valora la capacidad de las mujeres para realizar cualquier tipo de actividad dentro de las fuerzas militares por medio de una estereotipación de comportamientos y prácticas sociales y culturales basado en el concepto histórico de que la mujer está hecha para otras cosas.” Los demandantes, argumentan que la sentencia C-511 de 1994 no tuvo en cuenta el avance del derecho internacional en materia de protección a los derechos de la mujer frente a la discriminación y la violencia, en particular la Convención de Belem do Para, ratificada por Colombia el 15 de noviembre de 1996, y que por lo tanto la Corte deberá “proceder a realizar un nuevo pronunciamiento sobre los apartes del parágrafo demandados para corroborar que no se esté violando el bloque de constitucionalidad, en especial la Convención de Belém do Para” (...)” En tal virtud, consideran que la Corte debe hacer un juicio fundado en la Carta a la luz del bloque de constitucionalidad, pues “los cargos de la presente demanda NO HAN SIDO JUZGADOS y procede un nuevo pronunciamiento de la alta corte”, teniendo en cuenta los cambios sociales y normativos ocurridos.

IV. INTERVENCIONES

Vencido el término de fijación en lista el día 23 de junio de 2016 y en cumplimiento de lo ordenado en virtud de Auto del 12 de mayo de 2016, se recibieron por parte de la Secretaría General de esta Corporación, los escritos de intervención del ciudadano Hernán Alejandro Olano García, del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, de la Universidad Libre, del Ministerio de Defensa Nacional, de la Universidad Santo Tomás, de la Universidad Militar Nueva Granada, del ciudadano Fabio Enrique Pulido Ortiz, de la Universidad Santiago de Cali y de la Pontificia Universidad Javeriana, sede Cali.

1. Ministerio de Defensa Nacional

Sandra Marcela Parada Aceros, apoderada especial del Ministerio de Defensa Nacional, se pronunció acerca de los hechos y pretensiones expuestos en el expediente de la referencia, solicitando que se declare la ineptitud formal de la demanda por falta de requisitos mínimos, en los siguientes términos:

1.1. Inicia la intervención alegando que los actores pretenden que la Corte realice una interpretación acerca del aparte demandado, respecto al cual la Corporación ya se ha referido en pronunciamientos anteriores. Específicamente en cuatro oportunidades, a saber: (i) en la sentencia C-1052 de 2004,[5] (ii) la sentencia C-511 de 1994,[6] (iii) la sentencia T-099 de 2015,[7] y (iv) en la sentencia C-007 de 2016.[8] Sostiene que en el caso objeto de estudio, los accionantes se limitan a señalar las normas constitucionales infringidas, así como a realizar apreciaciones en gran medida subjetivas acerca de la sentencia C-511 de 1994, y a establecer que existe discriminación contra la mujer, sin llevar a cabo la debida confrontación en cuanto a las normas constitucionales presuntamente vulneradas, lo cual implica una falta de certeza frente a los cargos.

1.2. Precisa que al proferirse el Decreto 1227 de 2015, “Por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil”, el Ministerio de Justicia y del Derecho dio cumplimiento a los preceptos señalados en la Constitución Política, consagrando, por un lado, los derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la igualdad, y por otro lado, reconociendo la identidad y libertad tanto sexual como de género. Por tanto, concluye que “los cargos alegados en cuanto a la Ley 48 de 1993 carecen, para el momento actual, de supuestos

fácticos, razón por la cual es pertinente que se declare la ausencia de objeto.”

2. Universidad Libre

Los ciudadanos Jorge Kenneth Burbano Villamarin, Hans Alexander Villalobos Díaz y Laura Melissa Posada Orjuela,[9] defendieron la exequibilidad condicionada del artículo demandado, conforme a los argumentos que se exponen a continuación.

2.1. Sostienen que se transgreden los derechos de las mujeres, pues las funciones establecidas por la norma demandada para ser desempeñadas en el servicio militar, reflejan un trato desigual. El género femenino no tiene la posibilidad de desarrollar actividades diferentes a las relacionadas con apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente y, en general, que contribuyan a la modernización y el desarrollo del país, mientras el género masculino no posee ningún tipo de restricción legal en lo que a sus funciones respecta. Frente a dicha situación de exclusión, es pertinente tener en cuenta que hoy no existe duda alguna acerca de las capacidades y habilidades que poseen las mujeres. Al ser comparadas con los hombres, son prácticamente las mismas, lo que les permite ejercer funciones más allá de las contempladas en la norma demandada.

2.2. No obstante, indican que si bien es cierto que la norma invocada genera discriminación, es imprescindible tener en cuenta que podrán “existir eventos donde las mujeres, por motivos anatómicos, no puedan desempeñar funciones que requieran excesiva fuerza física lo cual conlleve problemas corporales”. Tal situación se pone de presente, en el entendido en que la actividad a realizar dentro del marco de las tareas administrativas contempladas en la norma, no es determinada por quien accede a prestar el servicio, sino por la persona encargada de asignar las labores correspondientes. En ese sentido solicitan la exequibilidad condicionada para que las mujeres que presten el servicio militar voluntario, puedan, “mediante solicitud expresa ante la autoridad competente, desempeñar funciones diferente a las establecidas en la Ley, siempre y cuando correspondan con la organización y funcionamiento (...)” de la fuerza pública.

3. Universidad Santo Tomás

Carlos Rodríguez Mejía,[10] solicitó a la Corte Constitucional inhibirse de fallar y estarse a lo

resuelto en las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016. Asegura que la sentencia de 1994 se profirió en virtud de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 de la Ley 48 de 1993, norma que es objeto de acusación en esta oportunidad. Sostiene que en aquella ocasión, la Corte expresó que aunque el párrafo del artículo 10 ibídem no había sido demandado, debía ser objeto de análisis para efectos de sustentación de la respectiva decisión, declarando finalmente su exequibilidad. Además, en la sentencia C-007 de 2016 se consideró que lo resuelto en el año 1994 constituye cosa juzgada constitucional, aplicable a la pretensión de los actores en la presente demanda por referirse no únicamente a la misma norma sino a los mismos cargos alegados. Concluye que tanto la sentencia de 1994 como la del 2016 examinaron lo relacionado al derecho a la igualdad y a la naturaleza de las actividades o rol social que realiza la mujer, no en cuanto estereotipo, sino como fenómeno que debe ser advertido y tenido en cuenta en la búsqueda de la igualdad material de la población femenina. Por ello, asume que no quedan razones adicionales para modificar las consideraciones expuestas en las sentencias previamente mencionadas, que al examinar la norma la han encontrado ajustada a la Constitución.

4. Universidad Militar Nueva Granada

Dubán Pineda Niño,[11] solicitó de manera tácita la declaratoria de exequibilidad, del aparte legal acusado. Inicialmente menciona que “el servicio militar tiene varias aristas en lo relacionado con las ocupaciones, para las cuales se dispone un personal calificado dentro de una estructura jerarquizada, como son las Fuerzas Militares. Mal podría hablarse de discriminación cuando la mujer, por sus condiciones especiales, no tiene la cualificación adecuada para una ocupación tan difícil como es el combate, en un entrenamiento tan corto como son los pocos meses que están en el cuartel. Mas debería pensarse que hay una “protección” no solo en lo que a los derechos, sino en algo máspreciado como conservar la vida.” Sostiene además, que “las diferencias entre el cuerpo masculino y el femenino van más allá de la apariencia física, como la altura o el peso; también incluyen habilidades físicas. Aunque hay excepciones el hombre promedio tiene ciertas ventajas sobre la mujer promedio en áreas como la resistencia cardiovascular, la habilidad de descomponer grasas y de desarrollar la musculatura”. Además, considera que no se está frente a una “(...) indiscriminación y a una falta de igualdad ante la norma, la mujer no sufre desamparo, para ella hay respeto por sus derechos y el hecho de que no vaya al combate a sufrir los rigores de la guerra, no la hace inferior al hombre, todo lo contrario se evita que se ejerza la

violencia de género uno de los problemas que buscan proteger las normas nacionales y las internacionales”. Concluye que tanto el Legislador como la Corte buscan proteger los derechos de la mujer, quien, “en el combate sería vulnerable por razón de su misma naturaleza”. Según la intervención, al primar la necesidad de protección sobre otros pareceres la Constitución, así como el bloque de constitucionalidad, no sufren desmedro alguno en cuanto la pretensión es mantener ciertos derechos y brindar amparo a la mujer. Concluye así que. “[n]o en vano, la Corte en su sentencia C-511 de 1994 da un trato especial a la mujer y evita que le se les vulneren los derechos y su providencia se basa en la realidad de las condiciones especiales en la mujer, sin desconocer en ningún momento la necesidad de mantener la igualdad y la protección, sin caer en la discriminación y marginación como se pretende decir en la presente demanda.”

5. Universidad Santiago de Cali

Jorge Armando Cruz Buitrago,[12] solicitó la declaratoria de exequibilidad condicionada del aparte del párrafo del artículo 10 acusado. Advierte que existe una violación al derecho a la igualdad, pues “las tareas y labores descritas en la norma, lejos de aminorar los estereotipos que se tienen respecto a una presunta naturaleza femenina, los alimenta y los perpetúa”. Indica que los roles históricamente desempeñados por las mujeres obedecen a la imposición de patrones propios de una “cultura patriarcal y machista que aún las considera como objetos que solo pueden desempeñar una función principal en la vida privada y accesoria en la vida pública”, razón por la cual considera que el apartado acusado no solo establece un trato discriminatorio, al estipular de manera específica labores que el legislador considera pertenecientes al ámbito femenino, sino que es violatorio del artículo 13 Superior, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales hacen parte del ordenamiento jurídico interno, en virtud del bloque de constitucionalidad .

6. Pontificia Universidad Javeriana

Raúl Fernando Núñez Marín,[13] defendió la exequibilidad de la norma argumentando que la misma no contiene ningún tipo de discriminación. Establece que así como todo manejo jurídico diferente no puede considerarse propiamente discriminatorio, no toda distinción de trato puede entenderse como ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Por tanto, no

habrá discriminación si dicha distinción está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De esta manera, en lo que al presente caso respecta, la expresión demandada hace alusión a situaciones excepcionales del Estado, circunstancias poco comunes o frecuentes en las cuales se ve inmerso el país. Esto implica que el servicio será obligatorio para el cumplimiento de unas funciones determinadas. No obstante, “lo anterior no quiere decir que en la legislación colombiana exista algún impedimento para que la mujer ejerza la carrera militar, pues en la sentencia C-193 de 2001 la Corte declaró exequible el artículo 33 del Decreto 1790 de 2000, donde se hace alusión tanto a hombres como a mujeres”. En este sentido, argumenta la intervención que el concepto de igualdad ante la ley implica que cuando la misma realiza clasificaciones entre personas, debe actuar de manera objetiva y razonable, evitando la arbitrariedad. En tal sentido sostiene que, la norma demandada es idónea al efectuar la distinción en las funciones otorgadas a las mujeres y a los hombres que participen en el servicio militar obligatorio. Considera finalmente que “la demanda presentada por los accionantes carece de fundamento debido a que dentro del ordenamiento jurídico colombiano se adopta de manera adecuada la normativa demandada. En ningún momento se perjudica, discrimina o contraría el derecho a la igualdad de la mujer en lo referente a su participación en la milicia ya que como se pudo aclarar no toda distinción puede considerarse como discriminatoria, más aún, si dicha diferenciación se basa en factores razonables y objetivos (...)”.

7. Hernán Alejandro Olano García

El ciudadano Hernán Alejandro Olano García,[14] se pronunció frente al asunto que por este juicio se propicia, solicitando que se declare la exequibilidad del parágrafo del artículo 10 demandado. Tras hacer un recuento de carácter histórico, normativo y jurisprudencial sobre la discriminación hacia la mujer, sostuvo que “el Gobierno Nacional se ha empeñado a fondo y con decisión en un tema tan sensible como es el de garantizar los derechos de las mujeres, para así, de manera integral brindarle la seguridad de que todos sus derechos les sean respetados”. Lo anterior, por su parte, representa un paso significativo, sin antecedentes en el país, del cual las naciones amigas deberían tomar ejemplo, “pues ha sido un proceso demostrativo de que Colombia es una democracia de participación, donde los derechos son, sin exclusiones ni distinciones de ninguna índole, menos de género, porque somos iguales y valemos lo mismo”. Posteriormente, argumenta que la

discriminación, el maltrato y la violencia contra la mujer corresponden a un asunto de carácter público que debe ser combatido por medio de la denuncia, la educación, la concientización, el diálogo, y por sobre todo, el respeto de la dignidad de la mujer. A su parecer, el Estado debe, a través de sus instituciones, cerrar las brechas de la desigualdad con miras a aprovechar el potencial y la competitividad de la población, reconociendo que la Constitución, (artículo 43), ha dado ese mandato hace ya un cuarto de siglo.

8. Fabio Enrique Pulido Ortiz

El ciudadano Fabio Enrique Pulido Ortiz[15] se pronunció frente a la demanda en cuestión, solicitando que sea declarada la inexecutable del artículo demandado, por desconocer la especial protección a la mujer, en los siguientes términos. Considera que es necesario establecer si existe cosa juzgada sobre el cargo planteado, toda vez que la Corte Constitucional, mediante las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, declaró la exequibilidad del artículo demandado.[16] Respecto de las sentencias mencionadas en el aparte anterior, sostiene que la primera de ellas analizó si la diferencia entre varones y mujeres es contraria al derecho a la igualdad, encontrando que el artículo acusado no viola la garantía constitucional respectiva toda vez que (i) la distinción hombre/mujer tiene justificación en cierta tradición de los oficios; y (ii) lo que la ley plantea es una medida favorable, una acción afirmativa, a favor de las mujeres como grupo de especial protección, con el objetivo de mejorar su condición general en relación con el acceso y garantía de los derechos constitucionales y legales. Sin embargo, sostiene que “resulta inconstitucional la posibilidad de ampliar la obligación de prestar servicio militar a las mujeres en la forma en que es autorizada por el artículo 10 de la Ley 48 de 1993”. Por dos razones: “a) el artículo 10 vulnera el deber de especial protección a la mujer y b) viola el principio de reserva de ley para la limitación de los derechos constitucionales, en este caso la igualdad y la libertad personal.”

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 242 y en el numeral 5º del artículo 278 Superiores, el Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, rindió concepto en relación con la demanda instaurada por los ciudadanos Omar Emilio Ariza Rangel y Omar Alirio Prada O’meara y solicitó a la Corte Constitucional, como pretensión

principal, estarse a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994 que declaró la exequibilidad del aparte demandado. Como pretensión subsidiaria, solicitó declarar su exequibilidad, con fundamento en los siguientes argumentos.

1. Manifiesta que en el presente proceso, debe resolverse si las expresiones contenidas en la norma demandada son violatorias del derecho a la igualdad de las mujeres a la prestación del servicio militar al condicionarlo a determinadas tareas y acciones. De acuerdo con ello, alega que la Corte debe declarar la existencia de la cosa juzgada constitucional, en cuanto la norma demandada ya fue objeto de pronunciamiento de fondo por parte de la Corporación y, por ende, debe estarse a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994. Además, señala que lo expuesto guarda igualmente relación con lo señalado en la sentencia C-410 de 1994, “(...) en la que se sostuvo que si bien hombre y mujer tienen diferencias biológicas evidentes, existen otras distinciones de índole social que no pueden ser desconocidas y que ameritan la adopción de medidas positivas a su favor, en aras a lograr una mayor inclusión en todas las esferas sociales y de mitigar los efectos nocivos que aquellas hayan tenido que padecer por prácticas discriminatorias”. Por consiguiente, para lograr la igualdad “(...) es necesario evidenciar estas distinciones para hacer efectivos los postulados del Estado Social de Derecho y, en esa medida otorgarle, una protección especial a la mujer.”

2. Afirma que el hombre y la mujer comparten la misma dignidad en cuanto personas, sin embargo, como fue señalado previamente, difieren en aspectos como el biológico, psicológico, cultural y socio-político, por lo que “varón y mujer tienen la misma naturaleza racional, pero la tienen y la realizan de modos distintos, sin que estas diferencias añadan nada a la igualdad radical de dignidad, derechos y deberes de ambos”. [17] Bajo ese entendido, es claro para el Ministerio Público que la disposición acusada no hace una distinción injustificada que desconozca la dignidad que le es propia a la mujer, lo que sucede, según explica, es que “(...) la diferenciación genética entre hombre y mujer es la que permite que estos dos tengan anatomía y morfología distintas, de tal forma que, por ejemplo, por su estructura ósea y muscular la mujer tendrá menos fuerza que la del hombre y por tanto, su capacidad y habilidad será en ciertas áreas más limitada o incluso en otras mayor que la del hombre”. Desde esa perspectiva, las condiciones genéticas y orgánicas de la mujer hacen posible que lo preceptuado en la norma acusada resulte razonable, pues las actividades que conlleva la prestación del servicio militar requieren tener en cuenta las

diferencias biológicas y psico-afectivas para poder determinar quién se encuentra en capacidad de desempeñar mejor determinadas labores. Por eso el legislador estableció una medida de protección a favor de las mujeres al contemplar ciertas acciones para ellas, y sólo en casos de extrema necesidad obligarlas a que cumplan el deber de prestar el servicio militar.

3. Para el Ministerio Público, la distinción jurídica que realiza el legislador con la norma parcialmente demandada, establece una medida de protección a favor de las mujeres que permite que éstas presten el servicio militar desarrollando actividades que sean más acordes a su morfología y anatomía. En mérito de lo expuesto, solicita a esta Corporación como pretensión principal, estarse a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994 que declaró la exequibilidad del aparte demandado, y como pretensión subsidiaria, declarar su exequibilidad.

1. Competencia y Cuestión Previa

La Corte Constitucional es competente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 241 de la Constitución, para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la expresión del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”.

Sin embargo, previo a abarcar el problema de fondo, es indispensable resolver la cuestión planteada por varios de los intervinientes[18] y por el Ministerio Público respecto a la posible configuración de cosa juzgada constitucional en el asunto analizado. Para tal fin, y luego de recordar el alcance y efectos de la figura, la Corte expondrá las razones por las cuales en el caso concreto, no se configura la cosa juzgada pues las decisiones previas no tuvieron la oportunidad de analizar el cargo presentado en esta ocasión.

1.1. La Cosa Juzgada Constitucional

1.1.1. En virtud de lo dispuesto en los artículos 243 de la Carta, 46 y 48 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y 22 del Decreto 2067 de 1991, los fallos dictados por la Corte Constitucional en materia de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada. Esta Corporación ha desarrollado el alcance de tal figura a lo largo de su jurisprudencia. Por ejemplo en la sentencia C-310 de 2002, amplia y continuamente reiterada, se sostuvo lo

siguiente:

“(…) la cosa juzgada constitucional, además de salvaguardar la supremacía normativa de la Carta, está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, pues, por su intermedio, se obliga al organismo de control constitucional a ser consistente con las decisiones que adopta previamente, impidiendo que casos iguales o semejantes sean estudiados y resueltos por el mismo juez en oportunidad diferente y de manera distinta.”[19]

La jurisprudencia ha considerado que si bien comparte algunas características propias de la cosa juzgada de los fallos judiciales ordinarios, como su fuerza vinculante que impide un nuevo pronunciamiento respecto del mismo asunto, la cosa juzgada constitucional tiene además particularidades derivadas de su naturaleza objetiva y abstracta, así como de su efecto erga omnes, pues “su obligatoriedad no sólo se predica de la norma formalmente analizada sino también de su contenido material y su efecto irradia tanto el contenido actual de la ley estudiada como de la ley posterior”. [20]

1.1.2. La Corte Constitucional ha determinado que la cosa juzgada constitucional puede configurarse de distintas formas y generar distintos efectos en cada caso. Así, la cosa juzgada constitucional, de acuerdo con la jurisprudencia puede ser: (i) formal, cuando recae sobre las disposiciones o enunciados normativos que ha sido objeto de pronunciamiento anterior de la Corte;[21] (ii) material, cuando a pesar de que no se está ante un texto normativo formalmente idéntico, su contenido normativo es decir, la norma en sí misma, es sustancialmente igual a aquel que se examina en una nueva ocasión;[22] (iii) absoluta, que se da por regla general,[23] y sucede en aquellos casos en que el Tribunal Constitucional implícita o expresamente manifiesta que el examen realizado a la norma acusada, la confronta con todo el texto constitucional, con independencia de los cargos estudiados explícitamente, lo que impediría la admisión de otra demanda;[24] y (iv) relativa, cuando este Tribunal limita los efectos de la cosa juzgada a los cargos estudiados en el caso concreto a fin de autorizar que en el futuro vuelvan a plantearse argumentos de inconstitucionalidad sobre la misma disposición que fue objeto de pronunciamiento anterior.[25]

1.1.3. A su vez, y dependiendo de la decisión que tome la Corte en cada caso, la cosa

juzgada tiene efectos distintos. Al respecto la Corte, reiterando su jurisprudencia hasta el momento sostuvo en la sentencia C-774 de 2001:

“Cuando una disposición es declarada inexecutable, la cosa juzgada material produce como efecto, una limitación de la competencia del legislador (ordinario o extraordinario), que le impide reproducir el contenido material de la norma que no se ajusta a la Carta Fundamental, y en el evento que ello ocurra la Corte debe proferir un fallo de inexecutable por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política.

Cuando es declarada executable una disposición, el fenómeno de la cosa juzgada material, produce como regla general la imposibilidad para la Corte Constitucional de pronunciarse sobre la materia previamente resuelta, ya que puede conducir a providencias contradictorias que afecten la seguridad del ordenamiento jurídico, o alteren la confianza legítima de los administrados en la aplicación de la Constitución, o vulneren el principio de la igualdad.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la cosa juzgada constitucional, es necesario advertir, que de manera excepcional, resulta posible que el juez constitucional se pronuncie de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de executable previa. El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva – aun cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental –, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de ‘Constitución viviente’ puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, – que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades –, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a

precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica.”[26]

1.2. Decisiones de constitucionalidad sobre la Ley 48 de 1993

1.2.1. La sentencia C-511 de 1994

1.2.1.1. La sentencia C-511 de 1994[35] estudió una demanda contra los artículos 4o., 9o., 10, 11, 13 (parcial), 14, 41, 42, 49, 55, 57 y 36, 37, 41, de la Ley 48 de 1993, respectivamente. Las expresiones demandadas del artículo 10 fueron las siguientes:

“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”.

1.2.1.2. El cargo contra la norma fue presentado en el expediente D-599 y se refería a la supuesta vulneración del artículo 216 Superior en los siguientes términos:

“[...] 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.”[36]

1.2.1.3. A lo largo del expediente, se verifica que el demandante no incluyó en sus argumentos ningún cargo contra el párrafo del artículo 10. Tampoco el Ministerio de Defensa ni el Ministerio Público, únicas intervenciones que hicieron referencia al contenido del párrafo del artículo 10, o al menos, en abstracto, a la supuesta discriminación contra las mujeres por la restricción de sus actividades en el servicio militar voluntario. Se trata de un cargo que nunca ha sido presentado contra la norma. Ningún ciudadano activó el control constitucional de este asunto. En efecto, explícitamente reconoce la sentencia que no hay tales cargos. Dijo al respecto:

“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.).”

1.2.1.4. Pese a ello, la sentencia realiza algunas reflexiones sobre el asunto. En particular, a lo largo de la decisión, sólo dos párrafos de las consideraciones, el segundo de los cuales se complementa con la transcripción de una decisión anterior, sirven de fundamento al fallo sobre el párrafo del artículo 10. El examen que hizo la Corte en dicha ocasión se limitó principalmente a sostener que:

“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 ibídem). || 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: (...)”

La Corte declaró exequible el artículo 10 (entre otras disposiciones), sin limitar el alcance y sin hacer ninguna referencia a los cargos estudiados.[37]

1.2.2. La sentencia C-007 de 2016

1.2.2.1. La última demanda estudiada (D-10858) se dirigió contra expresiones del primer inciso y el párrafo completo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993.[38] Los cargos en aquella ocasión, se relacionaban con la supuesta vulneración de los artículos 4, 13 y 43 de la Carta. Según la demanda, el problema jurídico era determinar: “(...) 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.”[39]

1.2.2.2. En la reciente decisión, la Corte examinó las consideraciones que sirvieron de fundamento a la decisión C-511 de 1994,[40] y consideró que la Corporación había tomado una decisión respecto de la norma y el cargo planteado por el demandante, esto es, respecto de la supuesta vulneración al mandato de igualdad entre hombres y mujeres que implicaba el carácter voluntario para estas últimas del servicio militar.[41] Finalmente resolvió “ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-511 de 1994 que declaró exequible el artículo 10 de la Ley 48 de 1993.” Dicha decisión se fundamentó en dos consideraciones: (i) la sentencia C-511 de 1994 había declarado la constitucionalidad de la norma demandada e hizo tránsito a Cosa Juzgada formal y relativa;[42] (ii) que, aun existiendo la cosa juzgada, excepcionalmente es posible superar los efectos de la cosa juzgada constitucional formal, siempre que el demandante cumpla con una especial y particular carga argumentativa. Sin embargo, en esa ocasión el demandante “no cumplió las condiciones mínimas de argumentación para debilitar los efectos de la cosa juzgada” por las siguientes razones:

“En primer lugar, las consideraciones de la demanda no se refieren a una modificación formal en el parámetro de control constitucional empleado en la sentencia C-511 de 1994 para juzgar el artículo acusado. De hecho, los artículos 13 y 43 de la Constitución no han sido objeto de reforma constitucional alguna.

Ahora bien, podría admitirse un intento del demandante por destacar un cambio en el contexto normativo de la disposición demandada en atención a la aprobación de la Ley 581 de 2000 “por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución”. Sin embargo, la acusación no plantea en qué sentido esta Ley tiene la aptitud de modificar el sentido del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 a tal punto que pueda justificar un nuevo examen constitucional.

Una tercera opción interpretativa de la demanda sugiere que la acusación plantea, al amparo de la doctrina de la constitución viviente, un cambio en la significación material de la Carta Política. Este Tribunal considera que el demandante no aporta, con el grado de detalle que es exigible en estos casos, razones que demuestren una variación radical y relevante de las circunstancias sociales, económicas, políticas o culturales a tal punto que la interpretación de los artículos 13 y 43 de la Carta deban seguir un curso diferente al adoptado en la sentencia C-511 de 1994. Tampoco presenta argumento alguno orientado a demostrar cambios relevantes en la jurisprudencia constitucional que puedan justificar una revisión de la valoración que del artículo acusado se hizo en tal providencia.

d) La Corte destaca que la impugnación de una disposición que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional es un asunto que por su propia naturaleza plantea diversos problemas. No resulta entonces suficiente que el ciudadano se limite a invocar nuevamente un desacuerdo sobre las normas adoptadas por el legislador y declaradas exequibles en vigencia de la actual Constitución, para que este Tribunal emprenda un nuevo examen como si de un control automático se tratara. En consecuencia, al no encontrarse satisfechas las condiciones mínimas para hacer posible un nuevo juicio del artículo acusado, se dispondrá estarse a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994 que declaró exequible, por los mismos cargos ahora propuestos, el artículo 10º de la Ley 48 de 1993.”[43]

1.2.2.3. Así expuesto, de la sentencia C-007 de 2016 se puede concluir que: (i) la demanda que se estudió en aquella ocasión versó sobre una norma (artículo 10 de la Ley 48 de 1993) y un cargo (la regla que excluye a las mujeres de la obligación de prestar el servicio militar) respecto de los cuales existía una decisión de constitucionalidad previa, la sentencia C-511 de 1994. Por lo tanto operó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. (ii) La Corte decidió que se estaba a lo resuelto en la decisión de 1994, dejando en claro que la

demanda no había demostrado la existencia de un nuevo parámetro de análisis. Esta postura de la Sala fue resaltada en aclaraciones de voto e incluso, en salvamento. Aspectos como el cambio de parámetro de control, la constitución viviente o el cambio de contexto normativo, deben ser alegados en la demanda y requieren de una carga argumentativa suficiente, que no hicieron parte de la demanda.[44]

1.2.3. Inexistencia de cosa juzgada sobre la norma frente al cargo actualmente estudiado

Del examen antes realizado se puede concluir que lo resuelto por la Corte en la decisión C-511 de 1994 fue la exequibilidad del artículo 10 frente al cargo por vulneración del artículo 246 superior, y respecto de un examen propio sobre la compatibilidad con los artículos 13 y 43 superiores respecto del contenido del párrafo del artículo 10.

1.2.3.1. Como la Corte lo indica expresamente, los argumentos que dieron lugar al pronunciamiento, y que podrían ser considerados como la reflexión sobre el asunto que actualmente se discute, se refirieron a consideraciones a la luz de las circunstancias que rodearon la decisión. Dichos argumentos se limitaron fundamentalmente a la siguiente expresión: “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.”[45] Así, los argumentos que hicieron relación a la diferenciación en las actividades a realizar en el servicio militar entre hombres y mujeres están explícitamente reconocidos como ligados a una concepción cultural susceptible de evolucionar.

1.2.3.2. Sin embargo, la misma Corte, en la sentencia C-007 de 2016 ya revisada, estableció con claridad que las consideraciones relativas a presunciones sobre la educación física o las diferencias fundadas en la tradición de oficios “no pasa de ser un dicho de paso carente de relevancia constitucional para justificar la decisión de exequibilidad adoptada en dicha providencia”.[46] En efecto, lo que la sentencia de 2016 consideró declarado como cosa juzgada, no fue por lo tanto la referencia a las actividades especificadas para la mujer que voluntariamente quiere prestar el servicio militar, sino únicamente “la regla que excluye a las mujeres de la obligación de prestar el servicio militar”.

1.2.3.3. Con base en esta conclusión, y del examen del expediente que dio lugar a la

decisión C-511 de 1994 es posible sostener que el cargo actualmente examinado (i) no fue presentado por ninguno de los demandantes, (ii) no fue advertido por el Ministerio de Defensa en su calidad de interviniente, (iii) tampoco fue advertido en el concepto presentado por el Ministerio Público, (iv) sólo fue referido por una obiter dictum carente de relevancia constitucional, que no tendría el efecto de haber permitido un examen suficiente sobre el asunto. Por lo tanto, la decisión involucraba cuestiones de género en un contexto en que se hacía patente la desprotección de la mujer frente a los paradigmas discriminatorios sobre el desempeño de roles, ello implicaba una discusión profunda, específica y amplia, que evidentemente no se dio al respecto y en la que, al no existir un cargo sobre el punto, ningún otro interviniente pudo plantear una posición.

1.2.3.4. Bajo estas circunstancias, para esta Corporación el cargo actualmente presentado, relativo a la supuesta vulneración del mandato de igualdad entre hombres y mujeres por la restricción injustificada de las actividades que una mujer puede realizar en su servicio militar obligatorio no ha sido estudiado en ninguna otra ocasión por esta Corte. Por lo tanto, no se cumple con uno de los requisitos para que opere la cosa juzgada constitucional en el presente caso respecto de las sentencias C-511 de 1994 y mucho menos respecto de la sentencia C-007 de 2016, que simplemente se estuvo a lo resuelto en la decisión anterior.

1.2.3.5. En conclusión y luego de haber analizado en detalle la cuestión previa planteada por algunos de los intervinientes, resuelve esta Corporación que al no haberse presentado ni estudiado con anterioridad el cargo por violación al principio de igualdad entre hombres y mujeres, contra la norma por la cual las mujeres que voluntariamente presten servicio militar lo harán 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, la Corporación conserva su plena competencia para adentrarse al asunto del problema jurídico planteado en la demanda.

2. Problema jurídico

2.1. Vistos los antecedentes y las consideraciones anteriores, en el presente caso corresponde a la Sala Plena resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulnera el legislador el derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las mujeres que voluntariamente

deciden prestar su servicio militar, al restringir las actividades que pueden desarrollar a “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”, so pretexto de protegerlas y respetar sus diferencias?

2.2. En el caso concreto, teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que rodean la cuestión, la solución del problema planteado implica, como correctamente lo argumentó el demandante, la revisión del posible cambio del parámetro de control constitucional para abordar la cuestión de fondo a la luz del significado actual de los derechos en juego. En tal virtud, se estructurarán las consideraciones en los 3 capítulos siguientes que se adentrarán en el análisis de: 3) Parámetro actual de control de constitucionalidad respecto de las diferenciaciones legales basadas en asignaciones de roles para los diferentes sexos, 4) El test de igualdad, y 5) la inexequibilidad de la disposición fundada en estereotipos de género.

3. Parámetro actual de control de constitucionalidad respecto de las discriminaciones basadas en asignaciones de roles para los diferentes sexos

Como se dijo, luego de analizar las sentencias C-511 de 1994 y C-007 de 2016, no existe cosa juzgada constitucional formal respecto de los cargos presentados en la presente demanda contra la norma acusada (parágrafo del artículo 10, Ley 48 de 1993). No obstante, determinar la existencia de cosa juzgada no es la única razón que justifica analizar el posible cambio de parámetro de control constitucional. Este cambio resulta importante en este asunto, entre otras razones, para comprobar que entre el momento de la promulgación de la Ley y de los dichos al paso que la Corte realizó respecto de la misma en 1994, y el momento en el que se realiza el presente examen, han surgido una serie cambios normativos y sociales que impactan la perspectiva desde la cual esta Corte debe analizar la norma acusada de inconstitucional en el presente proceso.

El parámetro de evaluación constitucional de normas legales, frente a la eventual discriminación de las mujeres, ha evolucionado significativamente en los últimos años, como lo indican los accionantes y algunas intervenciones. A continuación la Sala pasa a analizar cuándo el cambio de parámetro de evaluación constitucional puede dar lugar a un nuevo estudio, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y por qué, en este caso, se

da esa situación.

3.1. Casos que permiten un nuevo examen de constitucionalidad sobre una norma declarada exequible anteriormente

3.1.1. Respecto del cambio de parámetro de control constitucional, recientemente la Corte indicó, recogiendo la doctrina consolidada de este Tribunal:

“En el segundo escenario, esto es, cuando esta Corporación se pronuncia sobre una disposición con idéntico contenido normativo al de otra que por razones de fondo fue previamente declarada exequible o exequible de forma condicionada (...), la decisión de la Corte no puede ser distinta a estarse a lo resuelto en la sentencia previa, a menos que se presenten circunstancias excepcionales que enerven los efectos de la cosa juzgada, como ocurre, por ejemplo, (i) cuando se presentan reformas constitucionales que varían los parámetros de comparación (...); (ii) cuando así lo demanda el carácter dinámico del Texto Superior(...); (iii) o cuando se presenta 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 (...).”[47]

3.1.2. Según lo expuesto, son tres las posibles razones que permitirían emprender un nuevo juzgamiento: (i) modificación del parámetro de control, (ii) cambio en la significación material de la Constitución, y (iii) variación del contexto normativo del objeto de control.

(i) La modificación del parámetro de control constitucional se presenta cuando se modifican las normas que constituyeron el referente para juzgar la constitucionalidad de la norma nuevamente acusada. Dado que el parámetro de control puede encontrarse conformado por normas constitucionales o por aquellas que hacen parte integral del bloque de constitucionalidad, la variación puede tener lugar en virtud de una reforma de la Carta Política, de la ratificación de nuevos tratados internacionales en materia de derechos humanos o de la expedición de normas estatutarias u orgánicas.[48] En estos casos la norma no ha sido juzgada a la luz de las nuevas disposiciones y por ello, de no admitir un nuevo examen constitucional, se afectaría la supremacía de la Constitución al permitir la vigencia de contenidos normativos contrarios a ella.[49]

(ii) El cambio en la significación material de la Constitución es un evento vinculado a la idea según la cual la Carta Política debe interpretarse como un texto vivo. Según la jurisprudencia, la constitución viviente significa “que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad” puede no resultar admisible “a la luz de la Constitución, – que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades –, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma.” Según la Corte “una transformación del entorno puede poner en evidencia la necesidad de que el juez modifique su interpretación de los principios constitucionales (...)”[50] o, como lo dijo desde sus primeras providencias, le impone la obligación “de actualizar las normas a las situaciones nuevas”. [51] El rasgo central de esta hipótesis y que explica al mismo tiempo su carácter excepcional, es el hecho de que el texto constitucional no es objeto de una modificación formal. En estos casos lo que ocurre es una variación en su significado como consecuencia del “carácter dinámico de la Constitución, que se deriva de su relación directa con la realidad sociopolítica del país”. [52]

(iii) La variación del contexto normativo del objeto de control se refiere a los casos en los que una norma juzgada previamente, es expedida nuevamente con posterioridad, pero en un contexto normativo diverso. También puede ocurrir que no se modifique la disposición juzgada pero que el contexto normativo en el que se inscribe haya sufrido modificaciones y alteraciones. En estos casos, un nuevo examen se impone con la finalidad de establecer si se requiere o no emprender una valoración constitucional diferente a la luz del nuevo contexto.

3.2. El cambio de parámetro de control respecto de la sentencia C-511 de 1994

El demandante alega que la sentencia C-511 de 1994 no tuvo en cuenta los tratados en materia de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad como parámetro de control de la norma. Se refiere especialmente a la “Convención de Belem do Para” (1994) alegando que en la misma, la discriminación es considerada como una forma prohibida de violencia contra la mujer, y que de haber sido tomada en cuenta en el examen de constitucionalidad de la norma, habría generado una sentencia de inexequibilidad. Son

por lo tanto tres las cuestiones que permitirían emprender el nuevo examen: (i) inicialmente la modificación del parámetro de control planteada por el demandante, por la integración de nuevos tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos que no hacían parte de la Carta en el momento en que se profirió la sentencia y que permiten un nuevo examen de la norma, (ii) el cambio en la significación material de los artículos 13 y 43 de la Carta, que deben interpretarse a la luz del bloque de constitucionalidad lato sensu y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, finalmente (iii) la variación en el contexto normativo del parámetro de control, habida cuenta de las modificaciones que ha tenido la norma como producto de los exámenes de constitucionalidad que ha generado esta Corporación.

3.2.1. Modificación del parámetro de control – el bloque de constitucionalidad

3.2.1.1. A partir de la sentencia C-225 de 1995,[53] la Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad” (proveniente del derecho francés y que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado), permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta. En la citada sentencia la Corte sostuvo que “el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.”[54]

3.2.1.2. La Corte Constitucional ha indicado que entre las otras funciones que tiene el bloque de constitucionalidad se encuentran: (i) la “interpretativa”, que sirve de parámetro hermenéutico sobre el contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales, y (ii) la función “integradora”, que brinda una provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superior.[55] Al respecto, la sentencia C-458 de 2015 sostuvo sobre el rol y el valor del bloque de constitucionalidad que “todo el ordenamiento jurídico -tanto en la expedición de

preceptos como en su aplicación e interpretación- debe ajustarse y leerse a la luz de las disposiciones de jerarquía constitucional, dentro de las cuales se encuentra el bloque de constitucionalidad, las cuales son verdaderas normas constitucionales.”[56]

3.2.1.3. Esta herramienta se acompasa perfectamente con aquella desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a partir del caso *Almonacid Arellanos Vs. Chile*, exige de todas las autoridades del Estado, un control del derecho interno a la luz de la convención, fundado en la obligación del art. 2 del Pacto de San José, que exige adecuar las normas del derecho interno a los compromisos en materia de derechos humanos adquiridos con la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, el control al que se refiere la Corte IDH no está diseñado como un procedimiento específico, sino que se trata de un ejercicio complementario dentro de las funciones y competencias propias de cada órgano.[57]

3.2.1.4. Ahora bien, el control a la luz del bloque de constitucionalidad no es el ejercicio resultante de una “prioridad jerárquica” de la Convención Americana o de cualquier otro tratado sobre DDHH o DIH aprobado y ratificado por Colombia sobre la Constitución, ni sobre las leyes del país. No se trata de eso, porque la relación entre el derecho internacional e interamericano y el derecho interno, no es una cuestión de jerarquía normativa sino de un vínculo guiado por los principios de complementariedad y subsidiariedad de aquellos sistemas frente al derecho interno. Es en el ejercicio de la complementariedad en el que cobra sentido que un tribunal interno, y en particular la Corte Constitucional colombiana, realice un diálogo jurisprudencial con tribunales internacionales y regionales de Derechos Humanos y DIH, para buscar en su jurisprudencia los elementos que le permitan construir una visión más amplia de estas garantías fundamentales. Resulta idóneo acudir a las normas internacionales de los derechos humanos, para ampliar el contenido y alcance de los derechos constitucionalmente protegidos. Un ejemplo reciente de esta práctica es la sentencia C-792 de 2014,[58] en que la Corte utilizó tratados de derechos humanos ratificados por Colombia como un criterio de interpretación vinculante (no obligatoria) de derechos constitucionales, lo que le permitió definir el alcance de las garantías del debido proceso y de la doble instancia en la materia penal, generando la mayor protección posible a los derechos fundamentales en juego. El principio *pro homine*,[59] que indica que en caso de discrepancia entre las normas del derecho interno o del derecho internacional, el juez debe aplicar siempre la norma o interpretación que

resulte más favorable para la protección de los derechos en juego. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos está constituido por los mínimos que acuerda un conjunto de Estados, de ninguna forma la interpretación constitucional a la luz de algún pacto o Convención del bloque de Constitucional puede servir para frenar los avances que, dentro del derecho interno, cada Estado Parte haya alcanzado.[60]

“(…) adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: (...) b) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer.”[63]

3.2.1.6. En el control constitucional realizado por la Corte, esta Corporación verificó la coincidencia de los objetivos de la Convención con la Constitución Política, y reconoció la necesidad de tomar medidas contra la discriminación y la violencia contra la mujer. En la sentencia C-408 de 1996 sostuvo la Corte:

“El tratado bajo revisión busca, como lo señala su propio título y el preámbulo, prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia contra la mujer, objetivo que tiene relaciones con otros instrumentos internacionales que ya fueron adoptados por nuestro país y que pretenden eliminar la discriminación contra la mujer. (...) Con todo, el presente convenio tiene una particular importancia en el plano internacional pues constituye el primer tratado que tiene como objetivo específico erradicar toda forma de agresión contra la mujer, esto es, no sólo aquella que ocurre en el ámbito público sino incluso en la esfera privada y doméstica[9]. // 6- Esta finalidad de la convención coincide claramente con los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución. En efecto, no sólo la mujer, debe ser protegida en su dignidad y derechos constitucionales, como toda persona (CP art. 1º y 5º), por lo cual el Estado tiene el deber de librarla de la violencia (CP art. 2º), sino que, además, de manera específica, la Constitución proscribe toda discriminación contra la mujer y ordena la realización de la igualdad de derechos y oportunidades entre hombre y mujer (CP art. 43). (...) Por ello la Corte considera que, como bien lo señalan varios intervinientes, la

exposición de motivos gubernamental y los debates en las Cámaras, el presente instrumento jurídico tiene gran importancia dentro del contexto social internacional y colombiano pues las distintas modalidades de violencia afectan la dignidad, la vida y la integridad de las mujeres en muy diversas formas.”[64]

3.2.1.7. A partir de su ratificación, la Convención de “Belem do Para” ha sido reiteradamente utilizada como parámetro de control por esta Corporación, en sentencias en que se analizan cuestiones relativas a la discriminación o la violencia contra la mujer. Es el caso, entre otras de las decisiones:

(i) Sentencia C-355 de 2006.[65] En esa decisión la Corte estudió una demanda contra los Artículos 32, numeral 7, 122, 123 (parcial) y 124 de la ley 599 de 2000 Código Penal. La convención fue citada con el fin de entregar una definición concreta sobre la violencia contra la mujer. De igual forma, la convención fue citada con el fin de aclarar los derechos que posee la mujer frente al aborto, dadas unas condiciones previas de violencia sexual.

(ii) En la Sentencia C-776 de 2010,[66] al resolver la demanda contra los artículos 13 (parcial) y 19 (parcial) de la Ley 1257 de 2008, “por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”, utilizó los artículos 8 y 7 de la Convención, entre otros instrumentos de protección internacional de la mujer, para recordar el deber estatal de adelantar medidas legislativas para garantizar a las mujeres un vida libre de violencia.

(iii) En la Sentencia C-335 de 2013,[67] la Corte examinó una demanda contra el numeral 5º del artículo 9º de la Ley 1257 de 2008 (parcial), “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.” La Convención fue citada con el fin de señalar la obligación que tienen los Estados parte de condenar cualquier forma de violencia contra la mujer y adoptar los mecanismos necesarios para erradicar dicha violencia.

(iv) En la Sentencia C-368 de 2014,[68] la Corte examinó una demanda sobre el artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007 “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan

medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”. La Convención fue citada ya que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, por consiguiente la Corte reitera que los Estados deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer.

(v) En la Sentencia C-022 de 2015,[69] la Corte examinó una demanda sobre los artículos 1 y 2 de la Ley 1542 de 2012 “Por la cual se reforma el artículo 74 de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal”. La Convención es citada por la Corte para determinar que el Estado colombiano se ha fundamentado en la misma para poner en la agenda pública la problemática de la violencia intrafamiliar, como una forma de violencia basada en el género y definir la violencia contra la mujer. Así mismo, el Estado a través de sus instituciones, ha recogido estos avances y con proclamación de la Constitución de 1991, se inician cambios legislativos en materia de erradicación de la violencia contra la mujer, con fundamento en los principios constitucionales de igualdad y no discriminación.

(vi) En la sentencia C-754 de 2015,[70] la Corte examinó expresión “facultad” del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”. El tratado fue citado con el fin de señalar el derecho a la salud que poseen las personas en casos de violencia sexual.

(vii) En la sentencia C-297 de 2016.[71] En esa decisión la Corte examinó el literal e) del artículo 2º (parcial) de la Ley 1761 de 2015 “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones” (Rosa Elvira Cely). La Convención fue citada con el fin de entregar una definición concreta sobre la violencia contra la mujer y resaltar el deber del Estado en la protección de la mujer contra acciones violentas como el feminicidio.

(viii) Finalmente, en la reciente sentencia C-586 de 2016[72] la Corte analizó y declaró inexequibles las expresiones “Las mujeres, sin distinción de edad” contenidas en el numeral 3 del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo,[73] que tenía como efecto restringir el acceso al trabajo de las mujeres en las minas. Al respecto la sentencia considero, que:

“6.2. Respecto del derecho a la igualdad del que son titulares las mujeres y la regla de prohibición de trato discriminado por sexo, la jurisprudencia de la Corte recurrentemente reseña como derecho vigente y como normas vinculantes, las siguientes convenciones y documentos internacionales, que son sectorizados de conformidad con el sistema del que forman parte. (...) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también llamada “Convención de Belém do Pará”, adoptada en dicha ciudad el 9 de junio de 1994, especialmente en lo dispuesto en los numerales f) y j) del artículo 4, que establecen el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la igualdad de acceso a las funciones públicas; y una norma muy importante, el artículo 6 que prohíbe el trato discriminado en contra de las mujeres[74]. || [...] || Como documentos decisivos para Colombia, que imponen la regla de prohibición de trato discriminado como derecho vigente, se tienen: (...) iii. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Belém do Pará. Especialmente lo previsto en los artículos 4, que establece el derecho que tienen las mujeres al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos y libertades, entre otros, (...) ; el artículo 5 que reconoce sus derechos y obliga su protección por parte del Estado, (...)y finalmente el artículo 6, que establece la regla de prohibición de trato discriminado”

3.2.1.8. La Corte comprueba que además, luego de 1994 se ratificó otro tratado internacional en materia de derechos humanos con normas relativas a la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. Fue aprobado por la Ley 319 de 1996, declarado constitucional en la sentencia C-251 de 1997[75] y ratificado el 23 de diciembre de 1997. El Protocolo de San Salvador, establece que:

“[l]os Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la

orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”. [76]

3.2.1.9. En ese sentido, el Protocolo reitera la importancia de las garantías propias a la seguridad social señalando que: “[c]uando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”. [77] Si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto en ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos derechos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en virtud de este Protocolo.

3.2.1.10. Este tratado, también ha sido utilizado como parámetro de control constitucional por esta Corporación en reiteradas ocasiones, dentro de las que se encuentran aquellas que dieron lugar a las sentencias C-076 de 2006,[78] C-376 de 2010[79] y C-754 de 2015.[80]

3.2.1.11. La Corte pudo verificar que no existe cosa juzgada sobre el asunto que se examina en esa sentencia. Sin embargo, en gracia de discusión, incluso si se hubiera dado una decisión de fondo sobre la norma acusada con relación al cargo presentado por los accionantes en este proceso (situación que de acuerdo a la sentencia C-007 de 2016 no se ha dado aún), existe un cambio relevante del parámetro de control constitucional entre la fecha en que se profirió la sentencia C-511 de 1994 y el momento actual, que justificaría un nuevo examen de la norma frente a los cargos presentados por el demandante.

3.2.2. El cambio en la significación material de los artículos 13 y 43 de la Constitución Política

Según el demandante, el significado material de la Carta y en particular de sus artículos 13 y 43 ha sufrido un cambio profundo entre la época en que se profirió la sentencia C-511 de 1994 y el momento en que se registró la presente demanda, básicamente porque los

elementos que sirven como criterios hermenéuticos para la interpretación de las normas han variado. Se pueden diferenciar dichos elementos en al menos dos grupos: en primer lugar, los instrumentos y decisiones internacionales respecto a los derechos de la mujer que han surgido después de 1994 y en segundo lugar, los elementos contextuales cuyo cambio se refleja en la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre las normas evaluadas.

3.2.2.1. Instrumentos, recomendaciones y decisiones internacionales como elementos relevantes para la interpretación de la Carta Política

3.2.2.1.1. Una parte importante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está conformada por los instrumentos de “derecho progresivo” (soft law), y las decisiones de órganos de control de los tratados de derechos humanos, que propenden por la progresividad de estos derechos, fijando líneas de trabajo que sirven a los Estados para nutrir su derecho interno de herramientas de interpretación útiles para la adecuación de la normatividad a los estándares internacionales. La Corte se ha referido en diversas ocasiones a la importancia de algunos de estos instrumentos como criterio relevante para la interpretación del derecho constitucional de los derechos humanos[81] y los ha utilizado tanto en sede de tutela[82] como de constitucionalidad.[83] Dentro de múltiples instrumentos internacionales no obligatorios, que se han generado con posterioridad al año 1994 y que consagran compromisos en materia de igualdad entre hombres y mujeres, eliminación de estereotipos discriminatorios y erradicación de toda forma de discriminación, se pueden mencionar, entre otros:

(ii) Declaración de la UNESCO sobre la contribución de las mujeres a una cultura de paz (1995),[85] esta Declaración subraya la importancia del equilibrio de género, de las relaciones dinámicas entre mujeres y hombres en la construcción de paz.

(iii) Declaración y Plataforma de acción de Beijing en 1995,[86] es el primer documento internacional en reconocer explícitamente que persisten las desigualdades entre mujeres y hombres, que sigue habiendo obstáculos importantes y, a partir de dicho reconocimiento; en pretender lograr la igualdad de derechos, de oportunidades y de acceso a los recursos, la distribución equitativa entre hombres y mujeres. Particular importancia tiene la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, celebrada en septiembre de 1995 y adoptada de forma

unánime por 189 países, incluido Colombia. Constituye un programa en favor del empoderamiento de la mujer y en su elaboración se tuvo en cuenta el documento clave de política mundial sobre igualdad de género. La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing establece una serie de objetivos estratégicos y medidas para el progreso de las mujeres y el logro de la igualdad de género en múltiples aspectos, incluido el ámbito laboral. El principio 24 de la Declaración sostiene, que los gobiernos firmantes están decididos a: “Adoptar las medidas que sean necesarias para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y las niñas, y suprimir todos los obstáculos a la igualdad de género y al adelanto y potenciación del papel de la mujer;”

3.2.2.1.2. Por otra parte, sobre la importancia de las decisiones y recomendaciones de órganos de control de los tratados en materia de derechos humanos y en particular de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta muy pertinente el análisis de la Corte que se recopila en la reciente sentencia C-327 de 2016 en la que se concluye:

“[...] la línea jurisprudencial trazada por la Corte ha sido pacífica y reiterada en afirmar que la jurisprudencia proferida por organismos internacionales, y en este caso en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirve como criterio relevante que se debe tener en cuenta para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, también ha dicho que el alcance de estas decisiones en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, en concordancia con las reglas constitucionales y que además cuando se usen precedentes de derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad.” [87]

En ese sentido, se pueden ver por ejemplo las siguientes decisiones:

(i) En lo que corresponde al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, [88] determinó que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. La Corte Interamericana sostuvo que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad

humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, empleo, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”.

(ii) En el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile,[89] la Corte reiteró que la mujer ha sido a través de la historia víctima de estereotipos que interfieren de forma arbitraria en su vida privada y familiar, tales como la crianza de sus hijos, mencionando que “‘la mujer es objeto de un estereotipo el cual consiste’ exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida lo que implica utilizar una concepción ‘tradicional’ sobre el rol social de las mujeres como madres fungiendo en el hogar, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. (...)” Se condicionan sus intenciones laborales, pues se debe quedar en el hogar cuidando a los hijos.

(iii) En el Caso González y otras, Campo Algodonero vs. México,[90] determinó que el “(...) estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (...)”. En este caso emblemático por la cantidad de víctimas y la gravedad de la violencia, una de las causas fue que las mujeres fueron participando paulatinamente en la vida económica gracias al empleo pero “[e]ste cambio social en los papeles de las mujeres no ha sido acompañado de un cambio en las actitudes y las mentalidades tradicionales -el cariz patriarcal- manteniéndose una visión estereotipada de los papeles sociales de hombres y mujeres”. Esto, según la Corte, llevó a conflictos al interior de las familias y culminó con la desaparición y muerte de varios centenares de mujeres. La Corte IDH concluyó: “es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos.”[91]

(iv) Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe de

admisión del Caso de Elena Téllez Blanco vs. Costa Rica[92] en 2007, estableció que conforme a estándares internacionales del Sistema Universal de Derechos Humanos los Estados están obligados a eliminar la discriminación contra las mujeres en el empleo y así mismo, asegurarle una efectiva igualdad de derechos con el hombre en este campo. Es de resaltar la importancia que brinda el sistema interamericano en materia de prohibiciones frente a todos los estereotipos de género, que son generalmente visibles en los contextos sociales, políticos, económicos y culturales en los que se desempeña el rol de la mujer y que generan desventajas en la cotidianidad. Por eso la Corte Interamericana y la Comisión consideran que todo estereotipo sobre las funciones que tenga como finalidad marginar, excluir a las mujeres en su acceso al trabajo que genere discriminaciones y restricciones a sus derechos y libertades, incluida la autonomía personal, es una violación de los artículos 1 y 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

(v) En el ámbito de Naciones Unidas, la Observación General 28 del Comité de Derechos Humanos sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (2000),[93] determina que todos los seres humanos deben disfrutar en pie de igualdad e íntegramente de todos los derechos previstos en el Pacto. Esta disposición no puede surtir plenamente sus efectos cuando se niega a alguien el pleno disfrute de cualquier derecho del Pacto en un pie de igualdad. En consecuencia, los Estados deben garantizar a hombres y mujeres por igual el disfrute de todos los derechos previstos en el Pacto.

(vi) Respecto a la importancia de la igualdad en el ámbito laboral entre las mujeres y los hombres en los países latinoamericanos, el Comité de Derechos Humanos, en su informe del 28 de mayo 1996, consideró que en el Salvador, “las condiciones de trabajo en las zonas francas se han deteriorado y que la falta de medios ha entorpecido la labor de los servicios de inspección laboral de vigilar la aplicación de las disposiciones relativas al salario mínimo, la igualdad de remuneración de hombres y mujeres, las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo o los despidos arbitrarios”.[94] En el caso de Perú, mediante su observación del 18 de noviembre de 1996, el Comité lamenta la falta de información precisa y completa sobre la situación jurídica de la mujer y sobre el goce por éstas de los derechos consagrados en el Pacto, “en particular en lo que se refiere a su capacidad legal, la incidencia de la violencia y del abuso sexual contra las detenidas o presas, las restricciones de derecho y de hecho en el área laboral y los efectos de leyes y programas recientes dirigidos a solucionar el problema de la violencia contra ellas”.[95] De manera similar, en el

caso de Bolivia, mediante la observación del 1 de mayo de 1997, el Comité determinó que el hecho de que, pese a las garantías constitucionales de los derechos de la mujer y la legislación con la que se intenta poner término a la discriminación, “en Bolivia la mujer sigue recibiendo un trato que no es igual al del hombre, debido en parte a la continuación de las actitudes tradicionales y a unas leyes anticuadas que contravienen a todas luces las disposiciones del Pacto. También observa que la legislación laboral no protege debidamente los derechos de las mujeres, en particular las que se dedican al trabajo doméstico”. [96]

(vii) Finalmente, según las conclusiones del informe de 2004 sobre América Latina y el Caribe, el escenario que se analizó en Colombia no se aleja de las demás experiencias latinoamericanas, toda vez que el Comité de Derechos Humanos insta a que el Estado de Colombia adopte medidas legislativas y financieras necesarias para garantizar la independencia de la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer a fin de tener la posibilidad de afrontar con eficacia los graves problemas que se plantean al respecto en el país. Regularizando las condiciones de “las madres comunitarias considerarlas como trabajadoras para que tengan derecho a percibir el salario mínimo. El Comité alienta al Estado Parte a adoptar medidas destinadas a reducir el elevado índice de desempleo y, en particular, a resolver el problema del desempleo de los jóvenes y las mujeres”. [97]

3.2.2.2. Variación jurisprudencial sobre la interpretación de los artículos 13 y 43 de la Constitución Política

3.2.2.2.1. La jurisprudencia temprana de la Corte Constitucional utilizó dentro de sus criterios, al menos en dos ocasiones, conceptos que hoy se consideran censurables en materia de género. Así, en la sentencia C-410 de 1994, en que la Corte, al analizar argumentos del demandante sobre la inexequibilidad de las medidas afirmativas para la jubilación de las mujeres, sostuvo: “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”. [98] Esta misma postura va a ser luego reiterada e incluso transcrita en la sentencia C-511 de 1994 ya antes analizada.

3.2.2.2.2. Este estereotipo fue paulatinamente abandonado y puede verificarse su total

cambio a partir de la sentencia C-082 de 1999,[99] en la que se alegaba la diferenciación injustificada entre hombres y mujeres en el numeral 7 del artículo 140 del Código Civil, al vincular diversas consecuencias civiles por el adulterio cometido por los dos sexos. La Corte concluye que la norma contiene una clara discriminación entre hombre y mujer en las causales de divorcio. La Corte declaró la inexecutable del numeral 7 del artículo 140 del Código Civil, que señalaba que el matrimonio era nulo y sin efectos “Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice”.

3.2.2.2.3. En la sentencia C-371 del 2000 se estudió la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria N°62/98 Senado y N°158/98 Cámara, “por la cual se reglamenta la efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones”. [100] La Corte manifestó que la ley estatutaria analizada debía estar acorde a un ordenamiento igualitario como lo es el colombiano. Además, se debía garantizar que las condiciones para hombres y mujeres sean equitativas: “el legislador aspira a que la mujer ocupe cargos en los más altos niveles decisorios, lo importante y, en principio lo único permitido, es trazar e instrumentar políticas encaminadas a estimular el acceso de las mujeres a la educación superior y remover los obstáculos que pugnan con ese propósito”. [101]

3.2.2.2.4. En la sentencia T-530 de 2002,[102] se estudió el trato igualitario para las mujeres y los varones empleados en ECOPETROL. Estos últimos podían inscribir a sus esposas a los beneficios que otorga la empresa para la pareja permanente, a diferencia de las mujeres que no podían inscribir a sus cónyuges, excepto si probaban que sus esposos dependían económicamente de ellas. La Corte manifiesta que el artículo 13 de la Constitución Política dispone que todos nacen libres e iguales ante la ley, y aunque admite diferencias, no permite que sean por razón, entre otras, de sexo, por eso se reitera en el artículo 43 la igualdad entre hombres y mujeres. Por esta razón, la Corte concede la tutela para proteger el derecho a la igualdad de la mujer y con esto, cese la discriminación.

3.2.2.2.5. En la sentencia C-184 de 2003 la Corte Constitucional dio un avance significativo en el rechazo frente al estereotipo del sexo débil y la igualdad entre los sexos.[103] En la sentencia se examinó la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002, de las cuales se desprenden normas sobre la protección especial,

en temas de prisión domiciliaria y trabajo comunitario, a la mujer cabeza de familia. La Corte, teniendo en cuenta la igualdad entre hombres y mujeres rechaza la existencia de roles determinados para cada sexo, y decide dejar claro que estos beneficios también pueden ser tomados por el padre cabeza de familia. “La decisión que debe tomar la Corte está llamada a no promover ni el estereotipo que pesa en cabeza de las mujeres ni el estereotipo que se proyecta en los hombres. Si el prejuicio en el caso de las mujeres es que están “naturalmente” llamadas a encargarse de la crianza de los hijos y a realizar las labores domésticas, el estereotipo reflejo en el caso de los hombres es que su lugar está en las actividades de provisión de sustento realizadas en la esfera pública y, por lo tanto, los asuntos del hogar y el cuidado de los menores no son un asunto “para ellos”, ni siquiera en el caso de los hijos propios.”[104]

3.2.2.2.6. La sentencia T-247 de 2010,[105] resolvió tutelar el derecho a la igualdad vulnerado a la actora que reúne las condiciones y requisitos para el desempeño del cargo pero a quien le fue comunicado que la política de ECOPETROL era no recibir mujeres para ese cargo. De esta manera, la Corte plantea el caso el cual involucra elementos que vulneran el principio de igualdad de género y del derecho de acceso a un trabajo en condiciones de dignidad. En este sentido, la sala encuentra que la señora no fue contratada por el hecho de ser mujer y, existe una clara violación del artículo 13 y 43 de la carta por parte de las empresas demandadas en este específico caso.

3.2.2.2.7. Por otra parte, la sentencia T-957 del 2014 tuteló los derechos fundamentales de una mujer víctima de violencia psicológica. La Corte consideró que el Juez de familia había negado erróneamente la causal de divorcio por “los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra” (artículo 154 del Código Civil). Para la Corte, la mujer había sido víctima de violencia de género, y la decisión judicial se basó en el estereotipo de la mujer sometida al hogar aún a costa de su propia integridad. La Corte manifestó que “Esta mirada contiene diversos estereotipos de género que no pueden seguir pasando por alto, en las esferas judiciales”, pues “Detrás de ese argumento, está la idea de que la mujer debe soportar las peleas y los maltratos (así sean mutuos) por varios años (desde 2007) y buscar la forma de adaptarse al conflicto, pues si no se llega a los “golpes”, el conflicto no amerita la disolución del matrimonio. Se privilegia entonces ese vínculo, por encima de la salud mental de los miembros de la familia”.[106] La sala evidenció un gran patrón de estereotipos sociales y culturales discriminatorios hacia la mujer en este caso.

3.2.2.2.8. Finalmente y evidenciando la postura más reciente de la Corte Constitucional sobre el asunto, en la sentencia C-586 de 2016[107] la Corte declaró inexecutable la expresión “Las mujeres, sin distinción de edad”, del Código Sustantivo del Trabajo.[108] La Corte analizó el desarrollo interpretativo del artículo 43 de la Constitución, y explicó que existen tratos legislativos diferenciales, socialmente admitidos que contienen efectos discriminatorios e impiden el goce de los derechos fundamentales de la mujer, como aquellas limitaciones en el acceso al trabajo que se fundamentan en estereotipos y son formas de discriminación indirecta. Como conclusión, sobre el examen normativo se señala que “el derecho a la igualdad y la regla de prohibición de trato discriminado a las mujeres son obligatorios a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se trata de derecho vigente, y que dentro de esta perspectiva, las autoridades públicas y los particulares están jurídicamente obligados desde el Derecho Internacional, a no incurrir en diferencias de trato discriminatorio a las mujeres.” Luego al analizar la evolución de la jurisprudencia constitucional en la materia, y en una conclusión sumamente pertinente para el actual examen, sostiene la citada sentencia:

“(…) Dentro de esta comprensión, las medidas que impiden el acceso de las mujeres a diversas clases de trabajos y actividades, han sido históricamente presentadas como medidas de protección, que diferencian entre trabajos para hombres y trabajos para mujeres, las que tienen a la base estereotipos de género, que permiten la introducción de diferencias de trato inconstitucionales, como ocurre en el caso del enunciado demandado.”[109]

Para esta Corte resulta, por lo tanto, evidente que existe una evolución en el sentido y alcance de los artículos 13 y 43 de la Carta, que rechaza los estereotipos de género y 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. Es con base en los parámetros señalados del bloque de constitucionalidad y de la jurisprudencia, que corresponde a la Sala analizar el cargo sometido a su consideración.

3.3. Cambio en el contexto normativo

3.3.1. La Ley objeto de estudio, ha sido demandada en 40 ocasiones hasta la fecha, de las

cuales, en 21 oportunidades se han rechazado las demandas. De las sentencias proferidas al respecto, las cuestiones fundamentalmente debatidas pueden agruparse así:

(1) respecto de la excepción para miembros de comunidades y pueblos étnicos, la sentencia C-058 de 1994;[110]

(2) en cuanto a la obligación de resolver la situación militar de las personas y las consecuencias que acarrea no hacerlo, deben tenerse en cuenta dos decisiones del inicio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (la sentencia C-406 de 1994,[111] por una parte, y la sentencia C-561 de 1995, por otra.[112] Al respecto también ha de consultarse un fallo más reciente sobre la misma cuestión, a saber, la sentencia C-879 de 2011;[113]

(3) respecto de la diferencia en la prestación del servicio entre hombres y mujeres, una sentencia del inicio de la jurisprudencia (C-511 de 1994),[114] y otra reciente (C-007 de 2016);[115]

(4) sobre la implicación para las personas transgénero y transexuales (o trans) deben consultarse al menos dos decisiones inhibitorias recientes por ineptitud sustantiva de las demandas; por una parte la sentencia C-584 de 2015[116] y por otra la sentencia C-006 de 2016.[117]

3.3.2. También la Corte analizó demandas respecto de las desigualdades generadas con los beneficios otorgados a quienes prestan el servicio militar en las sentencias C-022 de 1996[118] y C-1410 de 2000;[119] sobre la protección de los menores de edad se profirió la sentencia C-339 de 1998;[120] respecto de las desigualdades entre religiones para efectos de la exención del servicio, la sentencia C-478 de 1999;[121] profirió una decisión sobre las posibles desigualdades en contra de los reclutas, en la sentencia C-1409 de 2000;[122] declaró inexecutable una norma sobre la fijación de la liquidación de la tarifa, por considerarla contraria al principio de legalidad tributaria en la sentencia C-621 de 2007;[123] analizó igualmente las desigualdades entre formas de familia a las que pertenecen los hijos únicos o que conformen los que sean llamados a prestar servicio en la sentencia C-755 de 2008;[124] y analizó una cuestión sobre objeción de conciencia en la sentencia C-728 de 2009.[125]

3.3.3. Como consecuencia de estos exámenes, la norma ha sido modificada en algunas de

sus disposiciones así:

(i) Del artículo 14, la expresión “Cuando se llegue a la mayoría de edad sin haberse dado cumplimiento a esta obligación, la autoridad podrá compelerlo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la presente Ley.” Fue declarado exequible de manera condicionada.[126]

(ii) El artículo 22. “Cuota de compensación militar”. La expresión El Gobierno determinará su valor y las condiciones de liquidación y recaudo”, fue declarada inexecutable. [127]

(iii) El artículo 28. “Exención en tiempo de paz. (...) c) El hijo único hombre o mujer, de matrimonio o de unión permanente, de mujer viuda, divorciada separada o madre soltera”; la expresión subrayada fue declarada inexecutable;[128] así mismo el literal g) Los casados que hagan vida conyugal. Fue declarado exequible condicionado “en el entendido de que la exención allí establecida se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley”.[129]

(iv) El artículo 29. “Aplazamientos. (...)d) Haber sido aceptado o estar cursando estudios en establecimientos reconocidos por las autoridades eclesiásticas (...)”, declarado exequible “en el entendido de que la misma se refiere a todas las iglesias y confesiones religiosas reconocidas jurídicamente por el Estado colombiano”. [130]

(v) El artículo 40 literal b) [131] fue declarado inexecutable en 1996[132] y más tarde en 2000, el literal d)[133] fue igualmente declarado inexecutable.[134]

(vi) El artículo 41[135] fue declarado exequible de manera condicionada en 2011.[136]

3.3.4. Las modificaciones generadas por las declaratorias de inexecutableidad o exequibilidad condicionada han estado dirigidas principalmente en dos vías: la primera en hacer menos gravosa la obligación y consecuencias del servicio militar, de forma que no se convierta en una carga desproporcionada para los ciudadanos, y la segunda, en adecuar la Ley a las exigencias del derecho a la igualdad, tanto en las excepciones, como en los beneficios que se generan de forma que no se generen discriminaciones ni diferenciaciones que generen desequilibrios entre los ciudadanos.

3.3.5. El cargo sobre la desigualdad entre hombres y mujeres fue presentado casi desde el primer momento de vigencia de la Ley. La sentencia C-511 de 1994[137] fue la tercera sentencia que se profirió sobre la norma, y a tan solo un año de haber entrado en vigor. A partir de ese momento, se han presentado 5 demandas contra el artículo 10, argumentando la violación a la igualdad entre hombres y mujeres cuatro (4) de las cuales fueron rechazadas por tratarse de un asunto respecto del cual existe cosa juzgada constitucional, y una, analizada de fondo, para dar lugar a la sentencia C-007 de 2016[138] que resolvió estarse a lo resuelto en la decisión C-511 de 1994, por no tener la demanda una argumentación suficiente sobre los posibles cambios en el parámetro de control constitucional.

3.3.6. Por lo tanto, han transcurrido más de dos décadas desde que se profirió la sentencia C-511 de 1994, y la Corte no ha tenido la oportunidad de analizar la norma a la luz de las variaciones jurisprudenciales, normativas y sociales que ha tenido el país en materia de igualdad de género.

4. El juicio de igualdad

Para resolver el problema jurídico planteado en la demanda, que trae a colación una supuesta vulneración del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, se hace necesario realizar un test integrado de igualdad, en este caso entre los hombres y mujeres, respecto de las diferentes tareas que prestan en el servicio militar, y el criterio que sirve de base para establecer dicha diferencia.

4.1. La Corporación, en la sentencia C-022 de 1996[139] que examinaba una de las disposiciones de la Ley 48 de 1993 –ahora estudiada-, refiriéndose a la labor de la Corte frente al control constitucional de las normas con base en el principio de igualdad, adelantó las siguientes precisiones:

“En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio? Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el

esfuerzo, etc.

Los dos primeros interrogantes pueden ser respondidos a través del estudio de los hechos materia de la controversia. (...)

El tercer interrogante, relativo al criterio utilizado para establecer un tratamiento diferenciado, implica una valoración por parte de quien pretenda responderlo. En el seno de un Estado Social de Derecho, en el que se establece el control constitucional de las leyes[140], el criterio de diferenciación usado por el legislador está sometido al control del juez constitucional.”

4.2. Por su parte, en la Sentencia C-673 de 2001, la Corte hizo referencia al test de razonabilidad como herramienta para determinar la constitucionalidad del criterio con base en el cual se daba un trato diferente en el decreto 2277 de 1979 respecto de las condiciones entre docentes oficiales y no oficiales para ascender en el escalafón docente. Al respecto se dijo:“(...) el test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional,[141] comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. el análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve”.[142]

4.3. La Corte desarrolló un conjunto de herramientas denominado juicio o test de igualdad, cuyo objeto es verificar la existencia de una violación al respectivo principio. En primer lugar, tomar en consideración que el derecho a la igualdad es de carácter relacional, esto es, supone una comparación entre sujetos, situaciones y medidas. Por ello, el uso del juicio o test implica la identificación de tres presupuestos principalmente, a saber: (i) los sujetos a comparar; (ii) el bien, beneficio o ventaja respecto del cual se da el tratamiento desigual; y (iii) el criterio relevante que da lugar al trato diferenciado.[143] Ha sido sostenido por la jurisprudencia constitucional,[144] que el juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis, distribuidas de la siguiente manera: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, esto es, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre

desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.

4.4. Además, en lo que concierne a la intensidad del juicio o test en cuestión, el tribunal ha señalado, en sentencias como la C-227 de 2004[145] que el test a emplear podrá ser: (i) leve, en tanto la medida legislativa haga alusión a materias económicas, tributarias, de política internacional o aquellas en las cuales el legislador disponga de un amplio margen de configuración normativa, esto es, que el medio empleado sea idóneo para la consecución del fin y que no existan prohibiciones constitucionales respecto del fin buscado y de dicho medio; (ii) intermedio, siempre que se esté ante una valoración de medidas legislativas en las cuales se pueda ver afectado el goce de un derecho constitucional no fundamental. Este nivel del juicio representa una exigencia mayor y comprende no únicamente la consideración acerca de la conveniencia del medio, sino también el examen de la conducencia para la materialización del fin perseguido por la norma examinada; y (iii) estricto, para los casos en los que la medida tenga una mayor proximidad a los principios, derechos y valores superiores, en cuyo caso, debe llevarse a cabo un estudio íntegro de proporcionalidad.

5. Juicio de igualdad de la disposición que limita las tareas de las mujeres en el servicio militar

5.1. El alcance de las disposiciones impugnadas

5.1.1. El artículo 10 de la Ley, cuyo párrafo está siendo actualmente estudiado, pertenece y da inicio al Título II “De la situación militar” Capítulo I “Servicio militar obligatorio” de la Ley. La expresión demandada expresa en su contexto que: “La mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, (...) 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 (...)”.

5.1.2. La Corte Constitucional ha entendido el servicio militar obligatorio como “un deber de estirpe constitucional, de aplicación general y con carácter perentorio, salvo las excepciones que fije el ordenamiento jurídico”.[146] Conforme fue recapitulado por esta Corporación en la sentencia C-561 de 2005,[147] la interpretación constitucional del

servicio militar obligatorio tiene las siguientes características:

(i) Es un deber constitucional que se concatena con otras obligaciones también de estirpe constitucional, relacionadas con la protección de las personas en condiciones de dignidad, a través, por ejemplo, de la fuerza pública. Así, de manera general, dentro de las obligaciones de la persona y del ciudadano se encuentran las de “respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales” o para “defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica”; y de “propender al logro y mantenimiento de la paz” (art. 95 C.N.). Deberes estos genéricos cuya finalidad, resulta coincidente con los fines que son propios de las instituciones conformantes de la fuerza pública. (ii) El servicio militar obligatorio es una carga social que irroga beneficios generales y, por ende, está vinculada al cumplimiento del fin social del Estado del logro del bienestar general. “responde, sin lugar a dudas, a una concepción del Estado moderno y contemporáneo, que al tiempo que rodea de garantías al hombre para su realización en los distintos ámbitos de su existencia, le encarga, en la dimensión de los deberes autoconstructivos, de las cargas de autobeneficio, del cumplimiento de un conjunto de deberes, la mayoría de los cuales con alcances solidarios, cuando no de conservación de los principios de sociabilidad, que permitan realizar una civilización mejor o hacer más humanos los efectos del crecimiento económico, y de los desarrollos políticos y sociales”. [148]

5.1.4. La mencionada ley tuvo el sentido de armonizar el Servicio Militar con la Constitución de 1991, poniéndolo en clave de derechos y adaptando las reglas que existían al orden constitucional. [149] Por lo tanto, la forma de guardar la lealtad con el legislador es realizar la lectura de la ley, necesariamente a la luz del orden constitucional vigente.

5.1.5. La Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización” se encarga de desarrollar una cuestión que encierra diferentes discusiones conceptuales y jurídicas, alrededor de lo que ha sido entendido como un deber ciudadano frente a la nación. La norma está organizada en nueve (9) títulos, un título preliminar en que define a la Fuerza Pública y sus componentes, y ocho (8) títulos más a lo largo de los cuales se encarga de definir y reglamentar las cuestiones relativas al servicio militar.

5.2. El test de igualdad aplicable al presente asunto

5.2.1. Para resolver la cuestión se aplicará un juicio integrado de igualdad que según dijo la Corte, “combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los test de distinta intensidad estadounidenses”[150] y está constituido por tres elementos, que consisten en: (i) determinar cuál es el criterio de comparación o *tertium comparationis*; (ii) definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) establecer si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, es decir, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas de un modo similar.[151]

5.2.2. Según lo dispuesto por la jurisprudencia el primer paso del test consiste en establecer el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*, es decir, en precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza.

5.2.2.1. El enunciado demandado señala que “La mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, (...) 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 (...). En sentido contrario, la Ley dispone para los hombres actividades relacionadas con el aspecto militar (entrenamiento, labores de apoyo, vigilancia, entre otras). No señala la diferencia de forma directa, sino que hace relación al “servicio militar obligatorio” pero tiene el efecto de una diferenciación con base en el sexo, teniendo en cuenta que las mujeres sólo prestan servicio militar voluntario, a excepción claro que por circunstancias especiales el Gobierno Nacional requiera llamar al servicio a todos los ciudadanos.

5.2.2.2. Las modalidades de prestación del servicio militar para los hombres están descritas en el artículo 13 de la misma ley, y son: (i) soldado regular, (ii) soldado bachiller, (iii) soldado campesino y (iv) auxiliar de policía bachiller.

5.2.2.3. Respecto de las funciones a desempeñar, el párrafo 1º del mismo artículo establece: “Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas

para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica”. En cuanto a las obligaciones “inherentes” a la calidad de soldado, según la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones Adaptada para Colombia CIUO – 88 A.C. los soldados regulares del Ejército Nacional “Reciben formación, entrenamiento y capacitación, con el fin principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.”[152] Por su parte, respecto de los soldados bachilleres, el Decreto 2048 de 1993 establece en su artículo 8, unas prerrogativas para los bachilleres menores de edad en los siguientes términos: “serán destinados a las áreas de: Servicio de Apoyo, Auxiliares Logísticos, Administrativos y de fines sociales. A menos que el menor manifieste voluntad expresa de prestar el servicio en otra área y que poseyendo aptitudes para ello se considere conveniente asignarle ese servicio”. La modalidad de prestación del servicio militar obligatorio (solo para hombres) como auxiliar de policía bachiller está reglamentada por el Decreto 2853 de 1991 que establece en su artículo 18: “Las funciones que el Cuerpo de Auxiliares de Policía Bachilleres debe cumplir, se limitarán a los servicios primarios de policía, los cuales se refieren a la protección de la tranquilidad, salubridad, moralidad, ornato público y derechos colectivos y del medio ambiente.”

5.2.2.4. Por lo tanto, es dado concluir que existe una diferencia de trato entre hombres y mujeres en cuanto a las actividades en que pueden adelantar su servicio militar. Mientras que los hombres, en el servicio militar pueden desempeñar todas las tareas que les sean asignadas por la necesidad del servicio, a las mujeres se les confina a los oficios 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, en los términos de la norma acusada.

5.2.2.5. En este caso el legislador ha dispuesto que sea el sexo el criterio que determina las labores que las mujeres no deben desempeñar en su servicio militar. Formulado negativamente, es el sexo la razón por la cual las mujeres no pueden adelantar funciones militares o policiales en la prestación de su servicio militar voluntario. Conforme se tiene establecido, el criterio sexo es una de las “categorías sospechosas” que se encuentran relacionadas en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por haber sido históricamente utilizada para

discriminar, es decir, para establecer diferencias de trato que resultan restrictivas del goce y ejercicio de los derechos humanos. La jurisprudencia ha precisado que el juicio estricto de igualdad procede, en principio: (1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa, tal como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones que están relacionadas en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; (2) cuando la medida afecta fundamentalmente a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o discriminados, a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; (3) cuando aparece prima facie que la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; y (4) cuando la medida que es examinada es creadora de un privilegio.[153] En el caso concreto el criterio sexo es utilizado para restringir el acceso de las mujeres a tareas de las cuales han sido históricamente excluidas, no como una herramienta para superar la discriminación sistemática de la cual han sido víctimas. No se trata de una medida afirmativa dirigida a superar barreras estructurales que impidan a la mujer acceder a sus derechos o a contrarrestar los efectos de la discriminación (como su promoción en el ámbito político). Por el contrario, se trata de una medida dirigida a excluir a las mujeres de las actividades militares de las que siempre han sido exceptuadas en razón de estereotipos sobre su capacidad física. Es una medida que refuerza los paradigmas discriminatorios y genera una barrera laboral de forma indirecta, con lo cual genera unos efectos perversos, contrarios a los que supuestamente la motivan. Por lo tanto, y según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, procede en este caso la aplicación del test estricto de razonabilidad, por estar de por medio una clasificación sospechosa enumeradas en el artículo 13 de la Constitución, el sexo.

5.2.2.6. Los supuestos de hecho en este caso están relacionados con la prestación del servicio militar, entre hombres y mujeres. Se trata de la misma función y de sujetos de igual naturaleza. La prestación del servicio militar no exige, en sí misma, una condición sexual determinada, puesto que ninguna de las actividades o funciones relacionadas está ligada a condiciones propias de un sexo u otro. Evidentemente la prestación idónea de las actividades físicas implicadas en las labores militares o policiales, requieren de ciertas condiciones de salud y preparación física y psicológica que deben ser evaluadas en el momento de la incorporación, pero dichas condiciones no tienen ninguna relación con el sexo de cada persona. En otras palabras, hombres o mujeres pueden cumplir o no cumplir

con los requisitos objetivos para la prestación de las actividades propias del servicio militar, independientemente de cuál sea su sexo. Por lo tanto, el término de comparación en el caso concreto es válido, se trata de supuestos de hecho susceptibles de ser comparados: situaciones y sujetos de la misma naturaleza.

5.2.2.7. El segundo elemento consiste en determinar si en el plano fáctico y en el jurídico existe un trato igual entre desiguales o un trato desigual entre iguales. En el plano fáctico acontece que a dos grupos de personas, los hombres y las mujeres residentes en Colombia, en condiciones de incorporación obligatoria o de elección voluntaria para prestar el servicio militar, la ley les da un trato diferente por razón del sexo (plano jurídico), pues mientras que a los hombres se les permite desempeñar las actividades militares y policiales propias del servicio, a las mujeres se les impide hacerlo en virtud de una enumeración legal expresa de las actividades que pueden desarrollar. En este sentido el legislador consignó un tratamiento desigual entre quienes son iguales, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución al disponer que “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades”. La Corte no considera que pueda afirmarse que los hombres y las mujeres sean iguales en todos los aspectos o que no lo sean, de forma categórica. Definir una cuestión como esas, no atañe al examen de Constitucionalidad ni corresponde a los jueces constitucionales en una democracia. Lo que sostiene la Corte es que en materia de capacidad para cumplir oficios, profesiones o tareas, existe un patrón de igualdad material que no permite una diferenciación basada en el sexo.

5.2.2.8. El test estricto de igualdad, de acuerdo con lo indicado en varias sentencias de la Corte Constitucional (ver, entre otras, las sentencias C-093 de 2001,[154] C-673 de 2001,[155] C-720 de 2007[156]), consiste en un escrutinio que se despliega con la evacuación de tres componentes o etapas que se corresponden al estudio del fin buscado por el legislador, el medio para alcanzarlo y la relación entre el medio elegido y el fin buscado. La Corte ha precisado que cuando el análisis de constitucionalidad de la medida se realiza aplicando un juicio de igualdad estricto, el fin de la disposición, además de ser legítimo e importante, debe ser imperioso. El medio, por su parte, no puede estar prohibido bajo el orden constitucional vigente a primera vista (prima facie). Y, finalmente, el medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir, no puede ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el juicio estricto es el único que incluye necesariamente la aplicación de un juicio de

proporcionalidad en sentido estricto y que, por tanto, exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones que ella implica sobre otros principios y valores constitucionales. [157]

5.2.3. En cuanto a la finalidad perseguida por la medida, corresponde en este caso determinar si la misma constituye un fin imperioso de la Carta. En este caso la medida adoptada por el legislador consiste en limitar las actividades que las mujeres deben desarrollar durante la prestación del servicio militar voluntario, restringiendo dichas tareas a actividades no militares.

5.2.3.1. Para determinar si la medida persigue un fin imperioso, se hace necesario revisar los antecedentes de la norma así como su propio texto. La Ley 1ª de 1945, que regulaba el servicio militar obligatorio antes de la entrada en vigencia de la norma demandada, establecía en su artículo 3º la obligación de “[t]odo varón colombiano que se halle comprendido entre los 20 y los 50 años” de prestar el servicio militar, excluyendo totalmente a las mujeres de dicha actividad. Con la Ley 48 de 1993, se introdujo la posibilidad de que las mujeres, voluntariamente, pudieran prestar el servicio militar, pero al mismo tiempo, se diferenció con la expresión demandada la forma en que prestarían su servicio, al hacer un listado de funciones específicas para ellas.

5.2.3.2. En la exposición de motivos de la Ley 48 de 1993, nada se dijo sobre la cuestión, y en cuanto al debate y aprobación de la ley en el Congreso solo se encuentra la motivación para incluir la posibilidad de que las mujeres participen en el servicio militar de forma voluntaria:

“Parágrafo del artículo 10. Servicio Militar Obligatorio para las Mujeres. Se determinó, que la mujer colombiana prestará el servicio de manera voluntaria, 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.

La comisión aprobó el texto del parágrafo mencionado básicamente por las siguientes razones:

a) en promedio, de acuerdo con las estadísticas del ICFES de los últimos años, se gradúan

anualmente de 250.000 bachilleres, de los cuales 120.000 son varones y 130.000 son mujeres; Debido a las limitaciones presupuestales, locativas y logísticas, solamente prestan anualmente el servicio militar, aproximadamente el 15% de los bachilleres varones;

b) La Dirección del Servicio de Reclutamiento y Movilizaciones tienen conocimiento de encuestas que demuestran la disponibilidad de muchas mujeres para prestar de manera voluntaria el servicio militar;

c) El párrafo del artículo 10, da además cumplimiento al artículo 43 de la Constitución Nacional mencionado anteriormente.”[158]

5.2.3.3. Por lo tanto, y a falta de más evidencia en los documentos que rodearon la formación de la norma, dos son los argumentos que se pueden deducir como motivación de esta disposición: (i) la necesidad de proteger los derechos de las mujeres haciendo que el servicio militar voluntario se desarrolle en actividades que no pongan en riesgo su vida o su integridad personal y (ii) “cierta tradición de los oficios, que al presente, tiene por mejor habilitados a los varones para el desempeño de las labores de la guerra”.

5.2.3.4. Respecto del primer argumento, la protección de los derechos de las mujeres y de todas las personas es un fin constitucional legítimo. De hecho el artículo 2 de la Constitución, que contiene el principio de efectividad, establece que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia”, previéndose además protecciones específicas para las mujeres, relacionadas con la familia (artículo 42 de la Constitución), la mujer en estado de embarazo o post parto, la mujer cabeza de familia (artículo 43 de la Constitución) y la “protección especial a la mujer, a la maternidad”, que expresamente trae el artículo 53 de la Constitución.

5.2.3.5. Sin embargo, vale la pena diferenciar las dos medidas que rodean la cuestión y que persiguen fines diferentes. Una primera medida, que no está en cuestión en este examen, pues fue objeto de un cargo rechazado por ineptitud sustantiva,[159] establece como voluntario el servicio militar para las mujeres. Dicha medida se dirige a hacer factible la participación de las mujeres en el servicio militar sin excluirlas de la posibilidad de integrarse en la vida laboral, permitiéndoles continuar con su preparación profesional o vincularse en la actividad laboral y no tener que apartarse por al menos un año de su edad más productiva a prestar servicio militar, como sucede con los hombres. Además, claro, no

puede dejarse de lado la interpretación constitucional que indicaría que la norma se dirige a proteger los derechos de las mujeres y a evitar el riesgo que implica la actividad dentro de un grupo combatiente en medio de un conflicto armado no internacional. La medida busca esos fines eximiendo a las mujeres de la obligación de prestar el servicio militar, pero a su vez, conservando la posibilidad de que en ejercicio de su autonomía puedan voluntariamente prestarlo.

5.2.3.6. Una segunda medida, la que está actualmente bajo examen consiste en limitar las actividades que pueden desempeñar en el servicio voluntario. La finalidad que persigue la expresión demandada, no tiene por tanto ninguna relación con la protección de los derechos de las mujeres, sino con la eficiencia administrativa en la prestación del servicio militar.[160] En ese sentido, para proteger el buen desarrollo de la función militar y policiva, la medida restringe la participación de la mujer a ciertas actividades que considera adecuadas para su sexo. La eficacia es uno de los principios en que se fundamenta la función administrativa según lo establece el Art. 209 de la Carta. Por lo tanto, el fin perseguido de dotar de eficacia y garantizar la correcta prestación de la función militar, que a su vez tiene relación con la guarda de la soberanía, la seguridad de los ciudadanos, la protección de sus derechos fundamentales y particularmente de la dignidad humana, es claramente un fin imperioso de la Carta. Tratándose entonces de un fin constitucionalmente imperioso, corresponde ahora a la Corte establecer si la medida resulta necesaria para lograr el fin perseguido.

5.2.4. Siguiendo los pasos establecidos por la sentencia C-673 de 2001[161] antes referida, le corresponde a la Corte, en segundo lugar, el análisis del medio empleado, lo que se divide en dos cuestiones (i) la legitimidad del medio y (ii) la necesidad o adecuación del medio para el logro del fin.

5.2.4.1. En el caso concreto, la medida consistió en limitar el servicio militar voluntario de las mujeres a “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.” Es decir, eliminar las actividades propias del servicio militar que consisten en entrenamiento y apoyo en actividades militares o policiales, según sea el caso.

5.2.4.2. La Corte no encuentra reparos en el medio utilizado, pues no existe una prohibición constitucional o de otro orden para que el legislador no pueda, en el ejercicio de la configuración legislativa, determinar o restringir las actividades o tareas que se pueden desarrollar en un ámbito determinado. Por sí misma, la determinación de unas tareas, que no son ilegales ni atentatorias contra la dignidad humana, no conlleva una restricción de derechos.

5.2.4.3. En ejercicio del test estricto, el paso siguiente a evaluar es la necesidad de la medida legal. En este paso el escrutinio recae sobre la medida concreta adoptada por el legislador, es decir, sobre la intervención que se hizo sobre los derechos de las personas, la que debe satisfacer tres criterios, pues debe ser adecuada, conducente y necesaria. De acuerdo con el criterio de necesidad, la medida adoptada por el legislador debe ser la mejor entre otras posibles, o ser tan idónea como otras de su clase, y adicionalmente debe ser la menos lesiva con el derecho intervenido. La Corte Constitucional ha considerado que una medida es adecuada, “si su implementación presta una contribución positiva en orden a alcanzar el fin propuesto, es decir, la protección de los derechos fundamentales”.[162]

5.2.4.4. En gracia de discusión, vale la pena aclarar que en todo caso, si la finalidad de la medida fuese proteger los derechos de las mujeres que prestan servicio militar, la medida no resultaría necesaria ni contribuiría positivamente a alcanzar ese fin, puesto que si el servicio militar representa un riesgo para la vida e integridad de las mujeres, es la condición de no obligatoriedad, que no está en examen actualmente, la que realmente evita que ellas deban enfrentar dicha amenaza. Por el contrario, si voluntariamente deciden prestar su servicio militar, es en ejercicio de su autonomía que asumen los riesgos inherentes al servicio, que en cualquiera de sus funciones puede acarrear los peligros propios que implica el hacer parte de la Fuerza Pública en una situación de conflicto armado no internacional.

5.2.4.5. La restricción de las actividades no es adecuada, ni conducente ni mucho menos necesaria para evitar los riesgos a los derechos que acarrea el servicio militar cuando las personas tienen la posibilidad de escoger libremente si desean o no prestar dicho servicio, puesto que al poder tomar la decisión de no acudir, están eliminando de plano cualquier riesgo posible. Restringir la libertad y autonomía de una persona no es protegerla, es desconocer su dignidad y sus derechos. La Constitución demanda una protección especial

para la mujer, pero frente a restricciones a su libertad y autonomía para desarrollarse a plenitud y sin injerencias basadas en estereotipos y preconceptos.

5.2.4.6. Se procede entonces al análisis de la medida frente al fin perseguido, esto es, la protección de la eficiencia administrativa en el servicio militar y policial.

5.2.4.7. Tal como fue descrito en la sentencia C-511 de 1994, la diferenciación respecto de las actividades a realizar en el servicio militar puede explicarse a partir de un fundamento cultural y paradigmático:

“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 ibídem).”

5.2.4.8. La justificación de la medida en la discusión legislativa, así como la reflexión de la Corte antes citadas, hacen de la presente una oportunidad para superar un parámetro obsoleto y actualmente censurable de control de constitucionalidad, y avanzar a un examen que deje atrás un estereotipo paradigmático y discriminatorio que atenta contra los derechos de la mujer. Tal como se vio en el capítulo precedente, sostener hoy en día que se pueden hacer diferenciaciones entre hombres y mujeres fundados en “cierta tradición de 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 (...)”[163] es una grosera transgresión de los compromisos internacionales que protegen los derechos de las mujeres. Este estereotipo que asume que las mujeres están en una situación de inferioridad frente a los hombres para desempeñar una tarea es un criterio reprochable que desatiende toda evidencia científica y social, y sirve como excusa para legitimar la perpetuación de prácticas discriminatorias y

excluyentes contra las mujeres.

5.2.4.9. La Corte es consciente de que en este caso, su decisión anterior se tomó en el contexto de los avances de igualdad de género alcanzados en aquel momento. Pero a la luz de la teoría de la constitución viviente, y luego de analizar detenidamente cómo ha evolucionado tanto el parámetro de control, como la significación material de la constitución e incluso el contexto normativo de la disposición, es claro que el criterio que utilizó el legislador y que pareciera haber avalado la Corte no es admisible actualmente.[164]

5.2.4.10. La Carta Política concibe a la mujer como un individuo con iguales derechos y oportunidades, y restringe toda diferenciación que se fundamente en su condición sexual y que no tenga como finalidad la protección de sus derechos o la eliminación de las barreras que se interpongan para el disfrute efectivo de los mismos.

5.2.4.11. Ahora bien, evidentemente las actividades militares entrañan unos riesgos que son inherentes a su naturaleza bélica. Eso ha motivado que hoy no exista un consenso en las diferentes vertientes de análisis de género y análisis feminista sobre la relación entre las mujeres y los asuntos militares. Algunas posturas feministas así como investigaciones críticas sobre Estado, seguridad y defensa de los años 80 y 90 sirvieron para superar las simplistas categorizaciones de hombre/guerrero/protector y mujer/madre/protegida, advirtiendo sobre la amenaza que significa una política de seguridad y defensa construida sin participación de las mujeres. El prejuicio de que las mujeres no son compatibles con lo bélico y con lo militar encuentra crítica y contradicción por parte de la historia de las mujeres que ya se está contando y de la cual, aún queda buena parte por narrar.[165]

5.2.4.12. Algunos abordajes teóricos se oponen a la participación de la mujer en las actividades militares porque consideran que la guerra es una construcción que parte justamente de una perspectiva patriarcal de dominación a través de la fuerza, frente a la cual la mujer debe oponerse promoviendo el pacifismo.[166] Pero no le corresponde a la Corte Constitucional fijar un modelo de perspectiva de género en el país que obligue a las entidades y a las personas a apegarse una visión determinada de la mujer. En la Constitución, la percepción de la mujer se da como un ser con igual dignidad, derechos, libertades y oportunidades que cualquier otra persona. A partir de allí, tanto unas como otras visiones son válidas, en tanto no se conviertan en instrumentos de sometimiento,

exclusión o restricción de derechos. Ningún paradigma o estereotipo que pueda servir de motivo o excusa para diferenciar, clasificar o separar con el ánimo o el efecto de restringir la autonomía, como sucede en el presente caso, es admisible en el Estado Social de Derecho que se concibe bajo el amparo de la Constitución Política de Colombia. La Carta no exige ni impone formas de pensamiento, pero en cambio exige el respeto de los derechos de todo ser humano bajo su jurisdicción.

5.2.4.13. El abordaje fundamental de la Carta frente a mujer es una percepción en clave de derechos, y bajo la sombrilla de la dignidad humana, que en una de sus dimensiones implica el ejercicio de la autonomía. En ese sentido, la protección constitucional a la mujer, en concordancia con su derecho a escoger libremente profesión u oficio, y al derecho a no ser discriminadas en razón de su sexo, implica que existiendo la medida que hace voluntario el servicio militar para las mujeres, puedan participar en las actividades que son propias de dicho servicio, en igualdad de condiciones que los hombres y a la luz de una perspectiva de género que les permita gozar efectiva y plenamente de sus derechos en condiciones de igualdad material.

5.2.4.14. No es la ley ni la jurisprudencia de la Corte, las que deben determinar cuáles oficios son aptos o no para las mujeres. Al contrario, el derecho a escoger profesión u oficio, al libre desarrollo de la personalidad y a la no discriminación, implican que la Constitución establece una libertad decisional que hace parte de la autonomía intangible de cada persona, y por ende de su dignidad humana. Toda restricción de este círculo fundamental debe ligarse a una razón irreductible, pero en el presente caso no existe ninguna razón para que la ley determine que las mujeres, por el hecho de ser mujeres, deban estar excluidas de las actividades militares. Restringir las actividades militares de las mujeres durante su servicio militar voluntario, no puede generar ningún beneficio para la eficiencia administrativa en la función militar o policial, puesto que lo que hace es privar a dicha función de los servicios de las mujeres, que están igualmente capacitadas para esas labores. La medida no solo no contribuye al mejoramiento del servicio, sino que por el contrario lo afecta, al minimizar los recursos de talento humano con los que puede contar la institucionalidad.

5.2.4.15. Por lo tanto, la medida se fundamenta en un estereotipo abiertamente contrario a la Carta, resulta inadecuada para lograr los fines propuestos, y en consecuencia es

claramente innecesaria.

5.2.5. Finalmente y aunque ya se demostró la falta de adecuación de la medida, resulta importante examinar la proporcionalidad estricta, como tercer componente del test estricto de razonabilidad. Esta Corte ha sostenido, que la proporcionalidad estricta “exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre los principios y valores constitucionales por la medida”.^[167]

5.2.5.1. Como antes se explicó, la medida que limita las actividades de las mujeres que prestan servicio militar voluntariamente, no produce ningún beneficio, ni para ellas (porque para la eliminación de los riesgos del servicio existe la medida que lo hace voluntario) ni, mucho menos para la función administrativa militar o policial. En cambio, la restricción implica la afectación e incluso el sacrificio de derechos constitucionales valiosos como son: el ejercicio de la autonomía, dispuesto en el artículo 16 de la Constitución, que le permite a las personas construir su proyecto de vida, incluyendo el plan de vida laboral; la libertad de escoger en qué trabajar y dónde hacerlo, previsto en el artículo 26 de la Constitución, pues los hombres podrían desarrollar actividades militares, recibir formación militar y tener una experiencia que les permita decidir si seguir o no una carrera militar, mientras que las mujeres no. Además, la medida reitera los estereotipos de género que fomentan y perpetúan la distinción de trabajos y roles, que sirven de parámetro social para restringir las oportunidades laborales de la mujer en un escenario donde el trabajo es un recurso escaso. Sin duda, esto propicia situaciones de dependencia o de pobreza, que perpetúan las tradiciones patriarcales, facilitando el machismo y convirtiéndose en un incentivo para la violencia contra la mujer.

5.3. En conclusión, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que la medida estudiada en el presente proceso de inconstitucionalidad resulta inadecuada e innecesaria para lograr los fines persigue, de acuerdo con lo que se deduce del mismo texto normativo. La Sala también considera que la medida acusada es desproporcionada, por cuanto afecta considerablemente los derechos de las mujeres, bajo el supuesto de querer favorecerlos, manteniendo y propiciando un estereotipo de género en su contra. Por lo tanto, es claro que no es una medida razonable, de acuerdo con el juicio integrado de igualdad que la jurisprudencia de esta Corte aplica en estos casos para encontrar una solución (un juicio estricto). En consecuencia, tal como lo argumentan los demandantes a la luz de los

parámetros de constitucionalidad vigentes, la disposición acusada (artículo 10, parcial, de la Ley 48 de 1993) resulta contraria a los derechos a la igualdad de género protegidos por la Constitución Política de Colombia (artículos 13 y 43), así como el bloque de constitucionalidad en la misma materia, que se incorpora en Colombia a través del artículo 93 de la Constitución.

La Corte precisa que la presente decisión busca asegurar que las actividades que deba y pueda desarrollar en el servicio militar cada persona que lo preste (obligatoria o voluntariamente), se determinen con base en las necesidades del servicio, según criterios objetivos y razonables, que tengan en cuenta las características de cada persona individualmente considerada. No pretende la Corte que toda persona esté capacitada para cualquier tarea. A cada cual según sus capacidades. Sin embargo, es claro que en un estado social de derecho, las actividades que alguien pueda o deba desarrollar no se deben determinar basándose simple y únicamente en el criterio del sexo, categoría sospechosa de discriminación.

VII. DECISIÓN

Las medidas que limitan las actividades que la mujeres pueden desempeñar durante el servicio militar voluntario, que se fundamentan en un estereotipo que supone que la mujer no es apta para las actividades militares son (i) irrazonables y desproporcionadas constitucionalmente, (ii) contrarias a los valores y principios de una sociedad igualitaria y (iii) preservan y fomentan el estereotipo, y modelos patriarcales de dominación y de violencia contra la mujer.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia,

RESUELVE

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.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrado

Magistrada

Con aclaración de voto

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado

Magistrado (E)

ALBERTO ROJAS RÍOS

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-659/16

SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO DE MUJERES EN TAREAS DE APOYO LOGISTICO,

ADMINISTRATIVO, SOCIAL, CULTURAL O DEFENSA DE LA ECOLOGIA Y EN ACTIVIDADES QUE CONTRIBUYAN A LA MODERNIZACION Y AL DESARROLLO DEL PAIS- Decisión debió abordar el asunto relacionado con el hecho de que la norma acusada incorpora una innegable diferencia de trato en el acceso al servicio militar al establecer que para las mujeres es voluntario en tanto que para los varones resulta obligatorio (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-11364. Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 “por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”.

Magistrada ponente:

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Comparto la decisión de mayoría que declaró inexecutable el aparte que a continuación se subraya del párrafo del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 “por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”, que señalaba:

“ARTICULO 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.

PARAGRAFO. 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 “.

Debo señalar, sin embargo, que los muy acuciosos argumentos que desde una plausible perspectiva de género determinaron el sentido del fallo han debido abordar, aun de manera oficiosa, el importantísimo asunto relacionado con el hecho de que la norma en cuestión igualmente incorpora una innegable diferencia de trato en el acceso al servicio militar al

establecer que para las mujeres el mismo es simplemente voluntario en tanto que para los varones resulta obligatorio. Echo de menos un significativo esfuerzo en procurar superar los posibles obstáculos procesales que han podido obstaculizar la dilucidación del tema.

Ahora bien, muy a pesar de que el aludido segmento del artículo demandado ha sido expulsado del ordenamiento jurídico, ello no significa que las mujeres que decidan prestar voluntariamente el servicio militar, puedan ser llamadas a desempeñar todo tipo de actividades de las que hagan parte de las diversas responsabilidades que debe atender la Fuerza Pública. En ese sentido, el efecto del fallo no es otro que el de ampliar el ámbito de las tareas o labores que pueden desarrollar “las conscriptas”.

En otras palabras, no son solo las que la norma preveía, de modo que a las que antes expresamente se indicaban se pueden agregar otras que no estén expresamente excluidas. Surgiría entonces el interrogante en torno a cuales serían esas actividades que las mujeres que prestan el servicio militar voluntario no podrían desarrollar y para absolverlo, necesariamente, habría que tener en cuenta lo sentado por el H. Consejo de Estado en las Sentencia de fecha 25 de febrero de 2009. Expediente 15793, en la cual señaló que los conscriptos no deben ser sometidos a actividades que de cualquier forma supongan su exposición al fuego del adversario pues dicha contingencia y las que resulten análogas deben ser asumidas, precisamente, por los soldados profesionales. Al respecto dicha corporación señaló:

“(…) los soldados reclutados en calidad de conscriptos deben recibir instrucciones para realizar actividades de bienestar social en beneficio de la comunidad y tareas para la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica[168], de suerte que a éstas actividades deben ser destinados los jóvenes que prestan servicio militar obligatorios en cualquiera de sus modalidades, por ende, someterlos a desarrollar tareas de inteligencia táctica de combate, tendientes a identificar a los adversarios o potenciales adversarios, su capacidad de ataque y centros de arremetida o cualquier otra forma de exponerlos al fuego del adversario constituye una falla en el servicio por la inobservancia de una obligación legal que implica el surgimiento de la responsabilidad de la administración determinado en el incumplimiento del contenido obligacional de protección que tiene el Estado en relación con los conscriptos..) “[169].

En criterio del Consejo de Estado, esta diferenciación legal sí tiene una razón justificada por cuanto quienes prestan el servicio militar por cumplir un deber constitucionalmente impuesto, solo deben soportar un límite de las restricciones de los derechos fundamentales, verbigracia el de locomoción, libertad, entre otros; a diferencia de quienes eligen la carrera militar, quienes asumen por voluntad propia todos los derechos y riesgos que sobre ellos puedan materializarse en el cumplimiento del servicio. De allí el fundamento de la teoría de responsabilidad imputable al Estado cuando un soldado conscripto padece un daño al ser sometido a un riesgo excepcional o porque soportó una situación determinante del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Así las cosas, a mi modo de ver, resulta inequívoca la conclusión según la cual si los soldados conscriptos (varones) no deben asumir ciertas contingencias como las que el Consejo de Estado precisó, pues ellas estarían a cargo de los soldados profesionales, las mismas también quedan vedados para las mujeres que decidan prestar voluntariamente el servicio militar. En ese sentido, bajo las elementales reglas de la lógica formal, lo que no es válido para los conscriptos varones, por la ilicitud que conlleva, tampoco lo es para quienes asuman esa condición como mujeres.

Con las anteriores precisiones reafirmo mi adherencia a la decisión adoptada.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-659/16

DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Importancia de la técnica constitucional
(Aclaración de voto)

CAMBIOS DE CONTEXTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL ASOCIADO A SUPERACION DE ESTEREOTIPOS DE GENERO Y PROTECCION CONSTITUCIONAL DE IDENTIDAD DE GENERO- Derecho comparado como herramienta de evaluación constitucional (Aclaración de voto)

Referencia: D-11364

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad parcial contra artículo 10 (parcial) de la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”.

Magistrado Ponente:

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Plena, me permito presentar la siguiente aclaración de voto a la sentencia C-659 de 2016. En dicha providencia, la Corte conoció de una demanda de inconstitucionalidad contra 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 artículo 10 de la Ley 48 de 1993. La referida norma impone el servicio militar obligatorio para todos los hombres colombianos y establece que la mujer puede prestarlo de manera voluntaria pero limita el mismo a las funciones contenidas en la expresión impugnada. Los ciudadanos demandan la norma al considerar que desconoce lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta Política y el Bloque de Constitucionalidad, por las siguientes razones: (i) los apartes demandados constituyen una discriminación y trato desigual contra la mujer basándose para ello en su identidad de género; y (ii) la sentencia C-511 de 1994, que en su momento declaró la exequibilidad pura y simple del párrafo demandado, no tuvo en cuenta el avance del derecho internacional en materia de protección a los derechos de la mujer frente a la discriminación y la violencia por lo que no se configura la cosa juzgada.

Aunque comparto la decisión de inexequibilidad que tomó la mayoría, considero necesario aclarar el sentido de mi voto. Para eso, primero presentaré algunas precisiones de técnica constitucional que en mi parecer debieron ser incorporadas en la providencia. En segundo lugar, señalaré algunas consideraciones alrededor del análisis de cambio de contexto que realizó el Tribunal y que en mi opinión resultan relevantes para entender a cabalidad la

decisión de inconstitucionalidad.

La importancia de la técnica constitucional en las decisiones de la Corte

A pesar de lo expresado por la mayoría de la Corte, no estoy de acuerdo con darle valor de cosa juzgada constitucional a la sentencia C-007 de 2016, donde esta Corporación se estuvo a lo resuelto a lo dispuesto en la sentencia C-511 de 1994. Además, como lo advertí en su momento cuando salvé el voto en la mencionada providencia, en dicha oportunidad la mayoría de la Sala cometió un evidente yerro de técnica constitucional que terminó por perpetuar un estereotipo de género asociado al examen de constitucionalidad que en su momento hizo la Corte en 1994 y que no es otro que el de adjudicarle a las mujeres roles determinados en las Fuerzas Militares a partir de su presunta “debilidad física”. En ese sentido, si se revisa la demanda presentada, los accionantes en esta oportunidad, señalaron como su principal argumento que la Convención Belén Do Para, ratificada por Colombia en 1996, constituía un parámetro constitucional nuevo que no había sido considerado por el Tribunal en sus anteriores pronunciamientos. Así, de una interpretación sistemática del artículo 93 Superior era preferible concluir que existía un cambio de parámetro y contexto que superaba la cosa juzgada relativa de la sentencia C-511 de 1994, como se hizo, pero sin darle un valor jurisprudencial a la cuestionada sentencia del año 2016.

En conclusión, considero que la mayoría de la Corte en este caso no fue rigurosa al momento de aplicar una buena práctica de la decisión judicial. Este tipo de omisiones, aunque en apariencia son irrelevantes, no pueden ocurrir en un Tribunal Constitucional. Como jueces de cierre, debemos procurar encontrar la solución más comprensiva de las polémicas constitucionales que conocemos. Así, una decisión que incurra en errores de este tipo, aunque correcta, pierde contundencia lo que no es deseable dentro de una buena práctica jurídica.

Ahora bien, a continuación, presentaré algunas breves reflexiones sobre el análisis de cambio de contexto incluido en esta sentencia toda vez que considero que la Sala Plena pudo aplicar un examen transversal mucho más completo a través del uso sistemático, extensivo y cuidadoso del derecho comparado.

El derecho comparado como herramienta de evaluación constitucional

Las discusiones sobre los cambios de contexto normativo y jurisprudenciales asociados a la superación de estereotipos de género y la protección constitucional de la identidad de género han sido prolíficas en los Tribunales Constitucionales del mundo. Como lo advertí en la sentencia T-099 de 2015, referida a la exención de prestar el servicio militar obligatorio en cabeza de las mujeres transgénero, el derecho comparado evidencia la vigencia de las discusiones constitucionales sobre materia así como la importante tarea del juez en la erradicación de las desigualdades de género y el perfeccionamiento de garantías jurídicas reales y eficientes para que las mujeres puedan desarrollar carreras profesionales exitosas en las Fuerzas Armadas en condiciones de equidad. En ese sentido, como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso *Estados Unidos v. Virginia*[170], al declarar la inconstitucionalidad de una norma que prohibía el ingreso de mujeres a la Academia Militar de Virginia, este tipo de medidas regresivas no tiene ninguna justificación constitucional por lo que es una tarea principal de los jueces remediar injusticias generacionales como la es la prohibición impuesta a las mujeres que les impide servir a su país a través de la profesión militar.

En este caso, echo de menos el uso de experiencias constitucionales comparadas. Creo que en este tipo de debates, la globalización del Derecho Constitucional debe ser un insumo que los jueces no podemos desechar. En palabras del juez Stephen Breyer[171] la perseverancia que exige la tarea del juez constitucional en el mundo actual nos define como “jueces diplomáticos” en razón a que tenemos la obligación, si queremos desarrollar nuestra tarea de manera apropiada, de establecer diálogos judiciales a través de nuestras providencias. Esta vez, la Corte Constitucional perdió una oportunidad para establecer una pedagogía de los derechos a través de ejemplos comparados. Los desafíos contemporáneos demandan que actuemos con apertura de conocimiento y si se desecha una oportunidad para actuar de esa manera, mi concepción de la justicia constitucional me obligan a sentar una respetuosa pero contundente protesta.

En los anteriores términos, dejo resumidos los argumentos que sustentan la razón de mi aclaración de voto en los aspectos relacionados.

Fecha ut supra.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Mediante Auto del doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016), el Magistrado Sustanciador decidió: (i) admitir la demanda contra 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; (ii) inadmitir por ineptitud sustantiva el cargo presentado contra la expresión “la mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario” contenido en esa misma norma; (iii) conceder a los demandantes el término de 3 días para subsanar los defectos señalados sobre el cargo inadmitido; (iv) comunicar sobre la iniciación del proceso a la Presidencia de la República, al Ministerio de Defensa y a la Defensoría del Pueblo, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991; (v) invitar por intermedio de la Secretaría General, a las Facultades de Derecho y Jurisprudencia de las universidades de los Andes, Javeriana, Militar Nueva Granada, Rosario, Sergio Arboleda, Gran Colombia, Católica, Libre, Santo Tomás, Sabana, Externado, Nacional, del Magdalena, del Norte de Barranquilla, Santiago de Cali, Javeriana de Cali, de Nariño, así como a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, para que participaran en el debate jurídico que por este juicio se propicia; (vi) correr traslado de la demanda al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su cargo en el término que le concede el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991; (vii) disponer la fijación en lista de la norma acusada para efectos de la intervención ciudadana, en los términos del inciso segundo del artículo 7 del Decreto 2067 de 1991.

[2] Por Auto del 27 de mayo de 2016, se rechazó el cargo presentado contra la expresión “la mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario” pues no se presentó ningún escrito de subsanación del defecto de especificidad encontrado. El cargo sostenía la supuesta violación del artículo 216 de la Carta, por la supuesta falta de regulación de la excepción al servicio militar, pues según el demandante, la norma “simplemente se limitó a establecer que la mujer no prestará servicio militar obligatorio”. De esta forma, el análisis jurídico se limitó al cargo contra 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.” Del artículo 10, parágrafo, de la Ley 48 de 1993.

[3] Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz; SPV Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

[4] Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz; SPV Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

[5] Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en este caso la Corte se declaró inhibida frente a la demanda contra el Decreto Ley 2090 de 2003, por no haber incluido a los Bomberos de la Aerocivil dentro de las categorías consideradas como arriesgadas para la salud.

[6] Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz; SPV Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero), referente a la regulación de las cargas y obligaciones impuestas por la Constitución a los ciudadanos en relación con la Fuerza Pública.

[7] Corte Constitucional, sentencia T-099 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en la que se dispuso que la mujer transexual es destinataria de la Ley 48 de 1994 en los términos establecidos en el párrafo del artículo 10, y en tratándose de hombres transexuales, estos están obligados a dar estricto cumplimiento a las normas que regulan el servicio de reclutamiento y movilización.

[8] Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo; SV Jorge Iván Palacio Palacio, Gloria Stella Ortiz Delgado, María Victoria Calle Correa. AV Luis Ernesto Vargas Silva). En la cual se ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994, que declaró exequible el artículo 10 de la Ley 48 de 1993.

[9] Directores del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, Egresados y Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, respectivamente.

[10] Profesor y Asesor del Consultorio Jurídico Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

[11] Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva Granada.

[12] Profesor del Departamento de Derecho Público y Jefe del Área de Derecho Internacional

Público de la Universidad Santiago de Cali.

[13] Director de la Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Javeriana.

[14] Delegado de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y Profesor de Introducción al Derecho Administrativo en el Programa de Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana.

[15] La intervención la presenta actuando a nombre propio, pero se identifica como profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana.

[16] En su criterio, a partir de los cargos formulados en la demanda, la Corte debería responder los siguientes problemas jurídicos: “(i) ¿puede el legislador establecer el servicio militar obligatorio exclusivamente para hombres sin violar el derecho a la igualdad de trato?; y (ii) ¿viola el legislador el derecho a la igualdad de trato al establecer unas tareas diferenciadas para hombres y mujeres en la eventualidad de que el Gobierno establezca el servicio militar obligatorio para las mujeres?”.

[17] Procuraduría General de la Nación, Concepto No. 5952 del 3 de septiembre de 2015 rendido en el expediente No. D-10.858.

[18] En sus intervenciones solicitan inhibirse por existencia de cosa juzgada formal: el Ministerio de Defensa y las Universidades Santo Tomás y Nueva Granada.

[19] Corte Constitucional, sentencia C-310 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil), reiterada entre otras en las sentencias C-600 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), C-393 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa), C-241 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva. AV Nilson Pinilla Pinilla, Juan Carlos Henao Pérez), C-257 de 2013 (Conjuez P. Jaime Córdoba Triviño; SV Alfredo Beltrán Sierra), C-332 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo), C-090 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-259 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), C-007 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo; SV Jorge Iván Palacio Palacio, Gloria Stella Ortiz Delgado, María Victoria Calle Correa. AV Luis Ernesto Vargas Silva), en las que la Corte resalta el efecto de cosa juzgada de aquellas sentencias de la Corte Constitucional dictadas como ejercicio de la función de guarda de la integridad de la Constitución Política.

[20] Corte Constitucional, sentencia C-820 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV

Humberto Antonio Sierra Porto. SPV Nilson Pinilla Pinilla), citada en la sentencia C-489 de 2009 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) entre otras.

[21] La Corte ha establecido que puede declararse la existencia de cosa juzgada formal, en aquellos casos donde existe un pronunciamiento previo del juez constitucional en relación con el precepto que es sometido a un nuevo y posterior escrutinio constitucional. Al respecto se ha pronunciado esta Corte entre otras en las sentencias C-427 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero; SV José Gregorio Hernández Galindo. AV José Gregorio Hernández Galindo, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero), C-489 de 2000 (MP Carlos Gaviria Díaz), C-1046 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett; AV Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett, Álvaro Tafur Galvis), C-774 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Manuel José Cepeda Espinosa), C-1216 de 2001 (MP Jaime Araújo Rentería; AV Rodrigo Uprimny Yepes), C-1038 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett; AV Jaime Araújo Rentería. SPV Eduardo Montealegre Lynett), C-030 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), C-210 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), C-627 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández; AV Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra), C-1148 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), C-394 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis), C-457 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SPV Rodrigo Escobar Gil, Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería), C-805 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño) y C-178 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa), entre otras.

[22] Sobre el particular la sentencia C-148 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) explicó que la cosa juzgada material se produce “cuando existen dos disposiciones distintas que, sin embargo, tienen el mismo contenido normativo, de manera tal que frente a una de ellas existe ya un juicio de constitucionalidad por parte de este Tribunal.”.

[23] La sentencia C-037 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa; SV Hernando Herrera Vergara, José Gregorio Hernández Galindo. AV Vladimiro Naranjo Mesa, Eduardo Cifuentes Muñoz, Hernando Herrera Vergara. SPV Alejandro Martínez Caballero, José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa), que al interpretar el artículo 46 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia puntualizó que, “mientras la Corte Constitucional no señale que los efectos de una determinada providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera, hacen tránsito a cosa juzgada absoluta”.

[24] Para consultar los alcances y diferencias entre cosa juzgada relativa y cosa juzgada absoluta se pueden consultar los siguientes fallos: C-045 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-567 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), C-1004 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), C-914 de 2004 (Clara Inés Vargas Hernández), C-710 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SPV Jaime Araújo Rentería), C-850 de 2005 (MP Jaime Araújo Rentería; SPV Rodrigo Escobar Gil), C-366 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil) y C-148 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), entre otras.

[25] La sentencia C-287 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio), sostiene al respecto: “(...) el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro ‘se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado’.” Sobre el concepto de la cosa juzgada relativa y su alcance limitado al análisis de los cargos, ver, entre otras, las sentencias C-774 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Manuel José Cepeda Espinosa), C-310 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-004 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), C-039 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), C-1122 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis), C-469 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SV Jaime Araújo Rentería. AV Jaime Córdoba Triviño), C-621 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[26] Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil, AV Manuel José Cepeda Espinosa), reiterando la sentencia C-447 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero) en que la Corte expuso: “(...) Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica – pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez....Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (ratio decidendi) de sus precedentes decisiones. Esto no significa obviamente que, en materia de jurisprudencia constitucional, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional deban ser sacralizados y ante deban prevalecer ante cualquier otra consideración jurídica, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias....Se debe entonces aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a

una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica – que implica unos jueces respetuosos de los precedentes – y la realización de la justicia material del caso concreto – que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas –(…)”.

[27] Expediente D-1927, rechazado el cargo contra el artículo 10 por auto del 12 de diciembre de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz). Expediente D-2942, rechazado el cargo contra el artículo 10, por auto del 12 de abril de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo); Expediente D-9002, rechazado por auto que niega la súplica del 21 de julio de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla). Expediente D-10399, rechazado por Auto del 10 de septiembre de 2014 (MP (e) Martha Victoria Sáchica Méndez); Expediente D-10597, rechazado por Auto del 6 de marzo de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[28] Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994. (MP Fabio Morón Díaz; SPV Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

[29] Los demandantes sostenían que “las disposiciones acusadas incurren en una omisión legislativa, al no regular la prestación del servicio militar obligatorio de las personas transexuales o transgeneristas, pues dichas normas solo hacen referencia a los géneros de varón y mujer. Lo anterior implica que las personas transexuales o transgeneristas se ven obligadas a adoptar el género definido por naturaleza y no con el que social y psicológicamente se identifican para poder definir su situación militar y, con ello, obtener un documento público que les permita celebrar contratos con entidades públicas, ingresar a la carrera administrativa, tomar posesión de cargos públicos, obtener un grado como profesional en cualquier centro de educación superior y finalmente, conseguir un empleo formal.”

[30] Corte Constitucional, sentencia C-584 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SV Gabriel Eduardo Mendoza, Luis Ernesto Vargas Silva, Alberto Rojas Ríos).

[31] Básicamente, para los demandantes “es inconstitucional que los trans, en lo que atañe a la prestación del servicio militar, no tengan un tratamiento acorde con su identidad sexual.”

[32] Corte Constitucional, sentencia C-006 de 2016 (MP María Victoria Calle Correa; SV

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

[33] En el escrito, el demandante sostiene que “el artículo 10, parcial, de la Ley 48 de 1993 contraviene los artículos 4, 13 y 43 de la Constitución Política. Señala que la violación de los artículos invocados se produce dado que el establecimiento de un trato diferente entre hombres y mujeres, desconoce la prohibición general de discriminar por razones de sexo establecida en el artículo 13 de la Constitución y el mandato específico de igualdad previsto en el artículo 43 de la Constitución conforme al cual los hombres y las mujeres tendrán los mismos derechos y oportunidades”.

[34] Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo; SV Jorge Iván Palacio Palacio, Gloria Stella Ortiz Delgado, María Victoria Calle Correa. AV Luis Ernesto Vargas Silva).

[36] Expediente D-599, Archivo Corte Constitucional.

[37] La sentencia C-511 de 1994 Resuelve “Primero. Declarar exequibles los artículos 40. (parcial), 90., 10, 11 (parcial), 13, 14, 42 literal a), 49 (parcial), 55 (parcial) y 57 de la Ley 48 de 1993.”

[38] Las expresiones demandadas en el expediente se subrayan a continuación: “ARTICULO 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. // PARAGRAFO. 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.”

[39] Según determina la providencia al analizar los cargos: “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.”

[40] Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994. (MP Fabio Morón Díaz; SPV Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

[41] Al respecto sostiene la decisión: “De la revisión de ese texto se desprende que la sentencia apoyó su conclusión en cuatro tipos de argumentos. En primer lugar (i) sostuvo que el artículo 10º de la Ley 48 de 1993 establecía que en algunos casos las mujeres podrían verse obligadas a prestar el servicio militar -cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine-. Seguidamente (ii) advirtió que la distinción establecida por la ley encontraba apoyo 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. A continuación (iii) indicó que el artículo 43 establecía la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y la disposición acusada, de una parte, no regulaba ningún derecho y, de otro, no negaba a las mujeres la oportunidad de prestar el servicio militar. Finalmente, (iv) destacó, citando su 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 a 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.”

[42] Sostuvo la sentencia: “Del análisis efectuado se concluye, sin perjuicio de la precisión indicada en el numeral 3.6.1.2 respecto del fundamento de esa providencia, que existe (i) identidad en el objeto al ser impugnada la misma disposición así como (ii) identidad en el cargo referido a la posible infracción del mandato de igualdad entre hombres y mujeres reconocido en los artículos 13 y 43 de la Carta. De acuerdo con ello la sentencia C-511 de 1994 hizo tránsito a cosa juzgada formal y relativa.”

[43] Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo; SV Jorge Iván Palacio Palacio, Gloria Stella Ortiz Delgado, María Victoria Calle Correa. AV Luis Ernesto Vargas Silva).

[44] En el caso, el demandante alegó el cambio de parámetro de control como argumento para el examen de constitucionalidad, pero no lo sustentó suficientemente. El consenso general de la Corte es que se puede superar la cosa juzgada cuando hay elementos suficientes para ello, pero en el caso dicho requisito no se cumplió. Por ello y tal como lo manifestaron tres (3) salvamentos y una aclaración de voto, la decisión se sostuvo en falencias de la demanda, que no permitían a la Corporación adelantar un examen completo de la connotación actual de la disposición. Al respecto dice la sentencia en su conclusión “No resulta entonces suficiente que el ciudadano se limite a invocar nuevamente un desacuerdo sobre las normas adoptadas por el legislador y declaradas exequibles en vigencia de la actual Constitución, para que este Tribunal emprenda un nuevo examen como si de un control automático se tratara. En consecuencia, al no encontrarse satisfechas las condiciones mínimas para hacer posible un nuevo juicio del artículo acusado, se dispondrá estarse a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994 que declaró exequible, por los mismos cargos ahora propuestos, el artículo 10º de la Ley 48 de 1993.” Y sobre estas falencias de la demanda, aún las posiciones minoritarias de la Sala estuvieron de acuerdo, aunque para ellos, dichas falencias debieron haber dado lugar a una declaración de inhibición. En su salvamento de voto, el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva sostuvo: “Ahora bien, dado que el actual demandante sugiere que se han presentado cambios relacionados con la participación de las mujeres en la sociedad que podría justificar el imponerles la obligación de prestar el servicio militar, la mayoría señalamos que la carga argumentativa que permitiría emprender un nuevo estudio constitucional de la norma demandada no fue cumplida en el presente caso, porque no explica en qué sentido la Ley 581 de 2000 (sobre participación de las mujeres en niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público) puede modificar el sentido del artículo 10 de la Ley 48 de 1993 (cambio de contexto normativo), o si se trata de un cambio en la significación material de la Constitución viviente, conclusión que compartí plenamente conllevando a la decisión de estarse a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994. La Magistrada María Victoria Calle Correa expresó en su salvamento de voto “2. Por otra parte, estimo que la Sala debió declararse inhibida para fallar, pues la demanda tampoco se basa en argumentos constitucionales. El actor no propone un análisis a partir del artículo 13 de la Constitución Política, sino que presenta ejemplos de mujeres que ocupan, con éxito, altos cargos, o acerca de lo que, en su concepto, son las capacidades laborales de las mujeres. Esas apreciaciones no constituyen un juicio abstracto de compatibilidad entre dos normas y,

en consecuencia, son impertinentes e insuficientes para adelantar un juicio de igualdad.” Por su parte, en su salvamento de voto, la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado indicó en el mismo sentido “Por eso, como lo expresé reiteradamente a la mayoría en Sala Plena, la única solución adecuada, desde el punto de vista de la buena técnica de justicia constitucional, el valor de la cosa juzgada constitucional, y la filosofía de la teoría de la adjudicación judicial, era declarar la ineptitud sustancial de la demanda y, por siguiente, inhibirse de realizar cualquier pronunciamiento de fondo ya que la demanda no reunió todos los requisitos para considerar que los cargos planteados fueran aptos.” En su salvamento el magistrado Jorge Iván Palacio Palacio sostuvo igualmente: “En mi concepto, el demandante no cumplió con la carga de sustentar en debida forma los cargos de inconstitucionalidad susceptibles de provocar un pronunciamiento de fondo. La demanda no formuló ningún argumento claro, concreto, específico y cierto contra la norma acusada, ni menos aún desvirtuó la existencia de cosa juzgada constitucional porque no se explicó con suficiencia las razones por las cuales la norma demandada vulneraba los artículos 13 y 43 de la Carta.”

[45] Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz; SPV Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

[46] Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2006 (MP Alejandro Linares Cantillo). La Corte dijo al respecto: “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).”

[47] Corte Constitucional, sentencia C-073 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; SV Mauricio González Cuervo), reiterada en la sentencia C-007 de 2016.

[48] La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente, desde sus inicios y de manera reiterada hasta la fecha, en sostener que si bien no tienen rango constitucional, ciertas disposiciones contenidas en leyes orgánicas y leyes estatutarias hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato y con ello, constituyen parámetros de evaluación de constitucionalidad. Al respecto, ver entre otras las sentencias C-337 de 1993 (MP Vladimiro Naranjo Mesa); C-578 de 1995 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-600A de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-358 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) en donde se afirmó por primera vez con total claridad que “Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque “son normas situadas en el nivel constitucional”, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.” C-582 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), donde se dijo que “ En principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias.”; C-1490 de 2000 (MP Fabio Morón Díaz); C-774 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Manuel José Cepeda Espinosa); C-200 de 2002 (MP Alvaro Tafur Galvis); C-1001 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis); C-271 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); C-228 de 2009 (MP Humberto Sierra Porto); C-238 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo); C-169 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa); C-723 de 2015 (MP Luis Ernesto Vargas Silva); C-178 de 2016 (MP María Victoria Calle Correa) y C-327 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), por mencionar algunas.

[49] Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2006 (MP Alejandro Linares Cantillo, AV Luis Ernesto Vargas Silva; SV María Victoria Calle, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio). En esta decisión la Corte estudió una demanda contra el artículo 10 de la Ley 48 de 1993 “por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”. En este caso la corte consideró que debía estarse a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994, que declaró exequible el artículo demandado. No obstante, la Corte determinó que pese a que la Corte encontró que no se cumple el requisito de identidad de los cargos, necesario para que se configure la cosa juzgada constitucional, de todas maneras encuentra prudente analizar el argumento presentado y sustentado por el demandante, respecto del cambio de parámetro de control constitucional, que permitiría, aun en el caso de hubiese cosa juzgada que declare la exequibilidad de una norma, adentrarse en el examen de constitucionalidad de la misma.

[50] Corte Constitucional, sentencia C-570 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SVP María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva), reiterada en la sentencia C-007 de 2016.

[51] Corte Constitucional, sentencia C-447 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), reiterada en la sentencia C-007 de 2016.

[52] Corte Constitucional, sentencia C-310 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil), reiterada en la sentencia C-007 de 2016.

[53] Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero).

[54] Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero).

[55] Corte Constitucional, sentencia C-750 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

[56] Corte Constitucional, sentencia C 458 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SV Luis Guillermo Guerrero Ortiz, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[57] Al respecto dijo el tribunal. “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los

órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.” Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 24 de Noviembre de 2006. 128. En el mismo sentido: Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.1806; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 3397; Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 2368.

[58] Corte Constitucional, sentencia C-792 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, SV Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Martha Victoria Sáchica Méndez).

[59] Consagrado en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto ha sostenido la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) del 13 de noviembre de 1985. párr. 52. “El Principio pro persona es un principio interpretativo e implica que se deberá de preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, independientemente si dicha norma se encuentra en un tratado internacional o en una disposición de derecho interno. (...) si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe de prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos internacionales, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.”

[60] Al respecto se puede consultar: Castilla, Karlos, “El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia”, en Cuestiones Constitucionales, Núm. 20, enero-junio 2009, IIJ, UNAM, México p. 71. “El principio pro homine o pro persona tiene dos manifestaciones o reglas principales: 1. preferencia interpretativa y, 2. preferencia de normas. La preferencia interpretativa tiene a su vez dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva y, b) la

interpretativa restringida. Si uno de los elementos para interpretar los tratados lo constituye el fin y el objeto y que en el caso de los tratados que nos ocupan apunta a la protección de los derechos humanos, la interpretación de dichos convenios siempre debe de hacerse a favor del individuo. Así, los derechos deben de interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos deben de interpretarse de manera restrictiva. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario. Por su parte, la preferencia de normas se manifiesta de dos maneras: a) la preferencia de la norma más protectora y, b) la de la conservación de la norma más favorable.¹⁴ 1. Preferencia de la norma más protectora. El principio pro persona, en el sentido de preferir la norma más protectora, sin importar la ubicación jerárquica, que mejor proteja o menos restrinja el ejercicio de los derechos humanos, así en algunos casos la norma más protectora será la establecida en un tratado internacional; y en otros podrá ser una norma propia del orden jurídico interno que posea un estándar mayor de protección de la persona que la normativa internacional aplicable; o bien podrá ser determinado tratado internacional sobre otro tratado internacional, o bien una norma inferior sobre una jerárquicamente superior. Así parece que el principal operador de dicho principio es el juez quien tendrá que resolver en el caso concreto que se le presenta cual es la norma que prevalece sobre la otra, al ser, más protectora. Así, la aplicación del principio pro persona, no implica una discusión sobre jerarquía normativa, ni una cuestión de abrogación o derogación de normas, sino al estilo del artículo 27 de la CVDT se trata de un asunto de prevalencia. 12 Artículo 6.2 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 29 del Pacto de San José; artículo 60 de la Convención Europea de derechos Humanos; artículo 5 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros.”

[61] Corte Constitucional, sentencia C-408 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero).

[62] Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, (Convención De Belem Do Para). Art. 6.

[63] Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, (Convención De Belem Do Para). Art. 8.

[64] Corte Constitucional, sentencia C-408 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero).

[65] Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006 (MP Jaime Araújo Rentería y Clara Inés

Vargas Hernández; SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis; AV Jaime Araújo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa). En esa decisión la Corte estudió una demanda contra los artículos 32, numeral 7, 122, 123 (parcial) y 124 de la ley 599 de 2000 Código Penal. La Convención fue citada con el fin de entregar una definición concreta sobre la violencia contra la mujer. De igual forma, la convención fue citada con el fin de aclarar los derechos que posee la mujer frente al aborto, dadas unas condiciones previas de violencia sexual.

[66] Corte Constitucional, sentencia C-776 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio.)

[67] Corte Constitucional, sentencia C-335 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva).

[68] Corte Constitucional, sentencia C-368 de 2014 (MP Alberto Rojas Ríos).

[69] Corte Constitucional, sentencia C-022 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo).

[70] Corte Constitucional, sentencia C-754 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo).

[71] Corte Constitucional, sentencia C-297 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SV Alberto Rojas Ríos; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[72] Corte Constitucional, sentencia C-586 de 2016 (MP Alberto rojas Ríos; AV María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Aquiles Arrieta Gómez y Alberto Rojas Ríos).

[73] Tal como fue reformado el artículo 9º del decreto 013 de 1967.

[74] La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos OEA el 9 de junio de 1994, fue aprobada en Colombia por medio de la Ley 248 de 1996, fue declarada exequible por medio de la sentencia C- 408 de 1996, fue ratificada el 15 de noviembre de 1996 y entró en vigor para Colombia el 15 de diciembre de 1996.

[75] Corte Constitucional, sentencia C-251 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero).

[76] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” Art. 6.

[77] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” Art. 8.

[78] Corte Constitucional, sentencia C-076 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño). En esta decisión la Corte examinó una demanda del numeral 2 (parcial) del artículo 133 del Decreto 960 de 1970 “Por el cual se expide el Estatuto del Notariado”. El protocolo fue citado por la Corte Constitucional con el fin de señalar el derecho de las personas afectadas por una discapacidad a ser objeto de especial atención para lograr su adecuada inclusión social.

[79] Corte Constitucional, sentencia C-376 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En esta decisión la Corte examinó una demanda del artículo 183 de la Ley 115 de 1994 “Por la cual se expide la ley general de educación”. El protocolo fue citado con el fin de señalar los derechos que se violan al imponer barreras económicas que obstruyen la accesibilidad obligatoria y gratuita en el nivel de educación básica.

[80] Corte Constitucional, sentencia C-754 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo). En esa decisión la Corte examinó la expresión “facultad” del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”. El Protocolo fue citado con el fin de señalar el derecho a la salud que poseen las personas en casos de violencia sexual.

[81] Sobre el soft law, la sentencia T-235 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) sostuvo: “En concepto de esta Sala, independientemente de su valor (o no) como fuentes de derecho, tales instrumentos constituyen criterios y parámetros técnicos imprescindibles para la adopción de medidas razonables y adecuadas para la protección de los diversos intereses en juego, de manera que contribuyen al cumplimiento de la obligación central del juez en el estado de derecho, en el sentido de fallar con base en motivos razonables dentro del orden jurídico, y no mediante su capricho o arbitrariedad.”

[82] Entre otras, las sentencia T-317 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), mencionó el soft law al hacer referencia especial referencia debe hacerse a las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.. En la sentencia T-235 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), para interpretar el alcance del derecho al agua; en la sentencia T-077 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada) se refirió al soft law e hizo uso de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, T-317 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), mencionó el soft law al hacer referencia especial referencia debe hacerse a las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

[83] En la sentencia C-257 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte sostuvo que no era correcto suponer que los Principios de Limburgo hagan parte del bloque de constitucionalidad, pero reconoció que “(...) esta Corporación haya sostenido que ciertos documentos que hacen parte del soft law tienen una utilidad interpretativa de los tratados internacionales de derechos humanos, como por ejemplo las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia a menores (C-203 de 2005), o el “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” (C-270 de 2006), y por lo tanto hayan sido empleados para establecer el alcance de las obligaciones del Estado colombiano en materia de derechos humanos. En esa medida los documentos que hacen parte del soft law no son entendidos con un carácter vinculante directo, como integrantes del bloque de constitucionalidad, sino con una función interpretativa en la medida en que recopilan principios contenido en tratados internacionales y normas consuetudinarias de derechos humanos, estos si, disposiciones vinculantes que hacen parte del bloque de constitucionalidad”. En la sentencia C-458 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) la Corte hizo referencia a las normas de soft law como parte del criterio para evaluar el lenguaje legal en materia de derechos de personas en situación de discapacidad. Al respecto sostuvo la sentencia: “Teniendo en cuenta la noción de bloque de constitucionalidad, es importante mencionar algunas normas internacionales sobre los derechos de las personas

en situación de discapacidad que han sido referidas por la jurisprudencia de esta Corte. Varios instrumentos son parte del soft law, sin embargo resultan relevantes por demostrar las tendencias del Derecho Internacional sobre la especial protección y búsqueda de efectividad de los derechos de las personas en situación de discapacidad, además son un parámetro interpretativo para los Estados.”

[85] Declaración de la UNESCO sobre la contribución de las mujeres a una cultura de paz.

[86] Declaración y Plataforma de acción de Beijing.

[87] Corte Constitucional, sentencia C327 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SV Luis Guillermo Guerrero Ortiz, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; AV María Victoria Calle Correa.) En esta decisión la Corte resolvió una demanda contra el artículo 90 (parcial) del Código Civil por considerar que viola el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Americana o CADH), el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 11 y 93 de la Constitución y el precedente establecido por la sentencia C-133 de 1994 de la Corte Constitucional. La Sentencia hace un recuento de la jurisprudencia en torno al concepto del bloque de constitucionalidad y del valor jurídicos de los instrumentos internacionales, incluida la jurisprudencia interamericana, lo que sirve a la Corte para concluir que: “La determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento no viola el deber de protección de la vida desde la concepción, establecido en el artículo 4.1. de la Convención Americana, ya que la vida como valor es un bien constitucionalmente relevante, pero no tiene el mismo grado de protección que el derecho a la vida. La expresión acusada del artículo 90 del Código Civil tiene en cuenta esta realidad, la cual a su vez protege otros derechos en juego. Por lo tanto, una lectura sistemática del bloque de constitucionalidad indica que la vida prenatal no ostenta la titularidad del derecho a la vida y así la determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento, no viola esta garantía por lo que se encuentra ajustada a los parámetros constitucionales.”

[88] CrIDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia del 30 de agosto de 2010. Los hechos de esta sentencia se refieren a la responsabilidad internacional del Estado por la violación sexual cometida en perjuicio de Inés Fernández Ortega por parte de agentes

militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.

[89] CrIDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, los hechos de esta sentencia se refieren a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R., 2012.

[90] CrIDH, Caso González y otras Campo Algodonero vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2016. Los hechos de esta sentencia versan sobre la demanda se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional del Estado por “la desaparición y ulterior muerte” de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de Ciudad Juárez.

[91] CrIDH, Caso González y otras Campo Algodonero vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2016. Párr 164.

[92] CIDH, Caso Elena Téllez Blanco vs. Costa Rica, los hechos de esta sentencia se refieren a la responsabilidad del Estado de Costa Rica por violación de derechos humanos en perjuicio de Elena Téllez Blanco quien ha laborado como empleada de los albergues del Patronato Nacional de la Infancia (PANI) desde hace trece años, contando con una carga laboral excesiva donde llega a trabajar hasta 24 horas al día, durante 11 días consecutivos. 2007.

[93] Observación General 28 del Comité de Derechos Humanos sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres http://www.unfpa.org/derechos/documents/observaciones_generales_comites.pdf

[94] Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre Países de América Latina y del Caribe (1989-2004).

[95] Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Países de América Latina y del Caribe (1997-2004).

[96] Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Países

de América Latina y del Caribe (1997-2004)

[97] Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre Países de América Latina y del Caribe (1989-2004).

[98] Corte Constitucional, sentencia C-410 de 1994 (MP Carlos Gaviria Díaz). La demanda de inconstitucionalidad se dirigía contra los artículos 33 parcial, 36 parcial, 61 parcial, 64 parcial, 65 parcial, 117 parcial y 133 parcial de la Ley 100 de 1993, alegaba entre otras la inexequibilidad de las medidas que disponían de una edad diferente para la pensión de jubilación entre hombres y mujeres.

[99] Corte Constitucional, sentencia C-082 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz).

[100] Corte Constitucional, sentencia C-371 del 2000 (MP Carlos Gaviria Díaz, SPV Álvaro Tafur Galvis, Alejandro Martínez Caballero y Eduardo Cifuentes Muñoz).

[101] Corte Constitucional, sentencia C-371 del 2000 (MP Carlos Gaviria Díaz, SPV Álvaro Tafur Galvis, Alejandro Martínez Caballero y Eduardo Cifuentes Muñoz).

[102] Corte Constitucional, sentencia T-530 de 2002 (MP Álvaro Tafur Galvis).

[103] Corte Constitucional, sentencia C-184 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Jaime Araújo Rentería).

[104] Corte Constitucional, sentencia C-184 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Jaime Araújo Rentería).

[105] Corte Constitucional, sentencia T-247 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[106] Corte Constitucional, sentencia T-957 del 2014 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[107] Corte Constitucional, sentencia C-586 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos; AV María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Aquiles Arrieta Gómez y Alberto Rojas Ríos).

[108] Numeral 3 del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, como fue reformado por el artículo 9 del Decreto 013 de 1967.

[109] Corte Constitucional, sentencia C-586 de 2016. (MP Alberto Rojas Ríos. AV María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Aquiles Arrieta Gómez y Alberto Rojas Ríos).

[110] Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994 (MP Alejandro Martínez Caballero; SV Eduardo Cifuentes Muñoz). La demanda se dirige contra los artículos 27 (parcial) y 63 de la Ley que eximen la prestación de servicio militar a los indígenas que “residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica” y que fomenta la “colonización” del territorio nacional. La corte declaró exequible el artículo 27 y el artículo 63 de la Ley 48 de 1993, precisando “que la colonización se debe hacer en estricta conformidad con las políticas de desarrollo sostenible que para tal efecto deberá formular el Ministerio del Medio Ambiente, de acuerdo al mandato del artículo 80 de la Constitución”.

[111] Corte Constitucional, sentencia C-406 de 1994 (MP Jorge Arango Mejía). La demanda se dirige contra los artículos 36, 37, 41 literal h y 42 literal f de la Ley. El demandante alega que lo impugnado, para cuyo establecimiento el legislador no habría tenido competencia, conduciría a la aniquilación de la personalidad jurídica de los que no tienen la documentación militar, a causa de las severas limitaciones impuestas a su obrar. Fuera de lo anterior, lo cuestionado sería inconstitucional por referirse a menores de edad y afectar injustamente derechos de terceros, como en los casos de reconocimiento de hijos extramatrimoniales, celebración de matrimonios y adelantamiento de sucesiones ante notario. La corte declara exequibles los artículos 36, 37, 41, literal h) y 42, literal f), de la ley 48 de 1993. En relación con el literal a) del artículo 36, se advierte que la declaración de exequibilidad queda condicionada en el sentido de que la norma, en ningún caso, puede interferir los actos relacionados con el estado civil de las personas.

[112] Corte Constitucional, sentencia C-561 de 1995 (MP José Gregorio Hernández Galindo). La demanda se dirige contra el artículo 3, afirmando que el mismo no corresponde al texto consagrado en la Constitución puesto que de la norma Superior se desprende que la obligatoriedad del servicio militar se da en dos circunstancias a saber: a) cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional, y b) cuando las necesidades públicas lo exijan para defender las instituciones públicas. Por el contrario, la puntuación de la norma legal lleva a colegir que esa misma obligatoriedad no se da en dos casos, sino en tres: a) cuando las necesidades lo exijan; b) cuando sea para defender la

independencia nacional y c) cuando se trate de defender las instituciones públicas. La Corte declaró la exequibilidad de la norma.

[113] Corte Constitucional, sentencia C-879 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). La demanda se dirige contra el artículo 14 de la Ley 48 de 1993, argumentando que el mismo, en la práctica, vulnera el derecho fundamental a la locomoción en cuanto autoriza a las autoridades militares retener a los ciudadanos mayores de edad que no hayan definido su situación militar. Por ello, al consagrar dicha posibilidad de compeler a los varones mayores de edad con el respectivo fin, se configura el sustento legal para la realización de las llamadas “batidas”, esto es, retenciones ilegales. La Corte declara exequible la expresión “Cuando se llegue a la mayoría de edad sin haberse dado cumplimiento a esta obligación, la autoridad podrá compelerlo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la presente Ley”, contenida en el artículo 14 de la Ley 48 de 1993, así como el inciso segundo del literal g de la misma norma.

[114] Corte Constitucional, sentencia C-511 de 2004 (MP Fabio Morón Díaz; SV Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero). La demanda se dirige contra los artículos 4o. (parcial), 9o. (parcial), 10, 11, 13 (parcial), 14, 41 (parcial), 42, 49 (parcial), 55 (parcial), 57 y 36, 37, 41 (todos parcialmente), de la Ley 48 de 1993, por considerarlos violatorios de los artículos 1o., 2o., 13, 15, 18, 22, 45, 95, 216, 217 y 218 de la Constitución Política, al haberse realizado una interpretación errónea y por omisión. Por su parte, la Corte declara exequibles los artículos 4o. (parcial), 9o., 10, 11 (parcial), 13, 14, 42 literal a), 49 (parcial), 55 (parcial) y 57 de la norma acusada, y ordena estarse a lo resuelto en la sentencia No. C-406 de septiembre 15 de 1994, sobre los artículos 36 y 37, 41 literal h) de la misma norma. Adicionalmente, señala que, en relación con los menores de más de 15 años y menores de 18 años, se cumplirán las normas de protección consagradas en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, adoptada en la resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por Colombia (Ley 12 de 1991).

[115] Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo; SV María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio; AV Luis Ernesto Vargas Silva). La demanda se dirige contra el artículo 10 (parcial) de la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”, por

considerar que vulnera los artículos 4, 13 y 43 de la Constitución Política en cuanto el establecimiento de un trato diferente entre hombres y mujeres, desconoce la prohibición general de discriminar por razones de sexo establecida en el artículo 13 de la Constitución y el mandato específico de igualdad previsto en el artículo 43 de la Constitución, conforme al cual los hombres y las mujeres tendrán los mismos derechos y oportunidades. Además, actualmente, se ha demostrado gran capacidad por parte de las mujeres para ocuparse de cualquier actividad que se les asigne, así, no solo en Colombia sino también en otros Estados, se ha previsto la participación de las mujeres en las fuerzas de seguridad. En consideración con lo anterior, el tribunal resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-511 de 1994 que declaró exequible el artículo 10 de la Ley 48 de 1993.

[116] Corte Constitucional, sentencia C-584 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Ernesto Vargas Silva). La demanda se dirige contra los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993, “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”, por contravenir los artículos 13 y 16 de la Carta Política. Sostiene el demandante que las disposiciones acusadas incurren en una omisión legislativa, al no regular la prestación del servicio militar obligatorio de las personas transexuales o transgeneristas, pues dichas normas solo hacen referencia a los géneros de varón y mujer, por lo cual, al no definir la forma de prestación del servicio militar para las personas que presentan diversidad de género, vulneran los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de las mismas. En dicha ocasión, la Corte se declaró inhibida para conocer de la demanda por ineptitud sustancial de la misma.

[117] Corte Constitucional, sentencia C-006 de 2016 (MP María Victoria Calle Correa; SV Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva; AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). La demanda se dirige a los artículos 10, 14 (parcial), 23, 24 y 25 (parcial) de la Ley 48 de 1993 “Por medio de la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización”, por considerar que vulneran los artículos 13, 16 y 25 de la Constitución Política. Las demandantes alegan una omisión legislativa y sostienen que las normas acusadas vulnera el derecho a la igualdad, pues, en su criterio, es inconstitucional que los trans, en lo que atañe a la prestación del servicio militar, no tengan un tratamiento acorde con su identidad sexual. La corte se inhibió de emitir un pronunciamiento de fondo acerca de la constitucionalidad por ineptitud sustantiva de la demanda.

[118] Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz). La demanda se dirige contra el artículo 40, literal b, a excepción del párrafo, de la Ley 48 de 1993, por considerarlo violatorio de los artículos 13, 43, 47 y 70 de la Constitución Política. El demandante considera que la norma acusada es contraria al principio de igualdad en cuanto el privilegio otorgado a los bachilleres que prestan el servicio militar establece un trato discriminatorio contra las mujeres, quienes, de acuerdo con el artículo 10 de la misma Ley, no tienen la obligación de prestar el servicio militar, y con los varones que por sorteo, limitación física o sensorial o cualquier otra razón, no prestan dicho servicio, implicando esto, para las personas que no hayan prestado el servicio militar y que aspiren a ingresar a un centro de educación superior, una situación desventajosa frente a un candidato que lo haya prestado. La Corporación resuelve declarar inexecutable el artículo 40, literal b, a excepción del párrafo, de la Ley demandada.

[119] Corte Constitucional, sentencia C-1410 de 2000 (MP Fabo Morón Díaz). La demanda se dirige contra los literales d) y g) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 “Por la cual se organiza el servicio de reclutamiento y movilización”, por considerar que se vulneran los artículos 13, 43, 45, 47, 69 y 70 de la Constitución Política. El demandante alega que es evidente una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a la educación superior técnica y tecnológica estatal, en detrimento de personas que no prestaron el servicio militar y que, teniendo méritos académicos para continuar sus estudios en la etapa superior, se pueden ver desplazados por los beneficiarios del privilegio otorgado por la norma demandada. La Corporación declara inexecutable el literal d) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, y executable el literal g) de la misma norma.

[120] Corte Constitucional, sentencia C-339 de 1998 (MP José Gregorio Hernández Galindo). La demanda se dirige contra parte del artículo 13 de la Ley 418 de 1997. La demandante considera que se violan los artículos 13, 16, 44 y 98 de la Constitución Política, el “Mandato por la paz, la vida y la libertad”, aprobado mediante el voto de más de diez millones de ciudadanos, y el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada mediante la Ley 12 de 1991, en cuanto permite que algunos niños, los bachilleres, puedan ser reclutados, así sea voluntariamente y con la autorización de sus padres, la norma impugnada vulnera sus derechos a la vida, a la integridad física y a la salud. La Corte resuelve declarar EXEQUIBLES los apartes demandados del artículo 13 de la Ley 418 de 1997, en el entendido de que los menores que se recluten sólo podrán ser vinculados al

servicio militar si tienen más de quince años, si se los excluye de toda actividad de riesgo y se los destina exclusivamente a cumplir funciones ajenas al combate y sólo en zonas que no sean de orden público, siempre sobre la base de la total espontaneidad de su decisión.

[121] Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1999 (MP Martha Victoria Sáchica de Moncaleano). La demanda se dirige contra el literal d) – parcial – del artículo 29 de la Ley 48 de 1993 “por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”, por considerar que vulnera los artículos 13 y 19 del Texto Constitucional. El demandante parte del supuesto de que la expresión “por las autoridades eclesiásticas”, hace referencia exclusiva a la autoridades de la Iglesia Católica, de manera que la disposición censurada concede un aplazamiento para la prestación del servicio militar, únicamente en favor de los estudiantes que han sido aceptados o que están cursando estudios en establecimientos reconocidos por esas autoridades como centros de preparación de la carrera sacerdotal o de la vida religiosa de origen católico, mas no para los estudiantes de centros, institutos y seminarios de formación de pastores, ministros y religiosos pertenecientes a religiones distintas del catolicismo, con lo cual se genera no únicamente un trato discriminatorio sino un desconocimiento a la garantía de la libertad de cultos y a la igualdad ante la ley de todas las iglesias y confesiones religiosas. La Corte resolvió declarar exequible la expresión “por las autoridades eclesiásticas”, en el entendido de que la misma se refiere a todas las iglesias y confesiones religiosas reconocidas jurídicamente por el Estado colombiano.

[122] Corte Constitucional, sentencia C-1409 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo). La demanda se dirige contra el artículo 2 de la Ley 548 de 1999. El demandante considera que la disposición acusada vulnera los artículos 2, 13, 22, 95 y 216 de la Constitución Política, en cuanto permite tratos discriminatorios y no respeta el principio de igualdad, así como desconoce la realidad social que afronta nuestro país, ya que no consideró aspectos tales como el orden público y el proceso de paz. La Corte resolvió Declarar EXEQUIBLES los incisos 2 y 3 y el parágrafo del artículo 2 de la Ley 548 de 1999.

[123] Corte Constitucional, sentencia C-621 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Manuel José Cepeda Espinosa). La demanda se dirige contra el artículo 22 de la Ley 48 de 1993, “Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización”, por cuanto vulnera los artículos 113, 121, 150-12 y 338 de la Constitución. A juicio de la demandante, la causa de la inconstitucionalidad radica en que “establece un impuesto cuya base gravable y

tarifa pueden ser definidos libremente por la Administración”, con evidente quebrantamiento del principio de legalidad tributaria. La Corte resolvió Declarar INEXEQUIBLE la expresión “El Gobierno determinará su valor y las condiciones de liquidación y recaudo”, contenida en el artículo 22 de la Ley 48 de 1993.

[124] Corte Constitucional, sentencia C-755 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla; SV Jaime Araújo Rentería). La demanda se dirige contra los literales c) y g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, “por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización”. El demandante considera que el primero de ellos viola el preámbulo de la Constitución Política y el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la misma, en cuanto resulta discriminatoria la exención al servicio militar en tiempo de paz, solamente del hijo único (hombre o mujer) de matrimonio o de unión permanente, de mujer viuda, divorciada, separada o madre soltera, excluyendo sin una razón constitucional válida al padre que se encuentre en alguna de las circunstancias a que se refiere la disposición acusada. Mientras el segundo, por su parte, desconoce, además del derecho a la igualdad, lo determinado en el artículo 42 superior, esto al referirse exclusivamente a los “casados que hagan vida conyugal”, sin tener en cuenta la unión marital de hecho o a la familia conformada por vínculos naturales que también se encuentran protegidas constitucionalmente. La Corte resuelve declarar inexecutable la expresión “de matrimonio o de unión permanente, de mujer viuda, divorciada, separada o madre soltera”, contenida en el literal c) del artículo 28 de la Ley acusada, así como el literal g) del mismo artículo, en el entendido de que la exención allí establecida se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley.

[125]Corte Constitucional, sentencia C-728 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, José Iván Palacio Palacio. Luis Ernesto Vargas Silva). La demanda se dirige contra el artículo 27 de la Ley 48 de 1993. A juicio de la demandante, la norma demandada viola los derechos constitucionales a la igualdad (art. 13, CP), a la libertad de conciencia (art. 18, CP) y a la libertad de cultos (art. 19, CP), por cuanto el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa por no incluir dentro de las exenciones en todo tiempo a la prestación del servicio militar obligatorio, contempladas en el artículo 27 citado, a los objetores de conciencia, y que en este sentido sobre dicho artículo se debe proferir un fallo de exequibilidad condicionada. La Corte resolvió declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, el artículo 27 de la Ley 48 de 1993 y

exhortar al Congreso de la República para que, a la luz de las consideraciones de esta providencia, regule lo concerniente a la objeción de conciencia frente al servicio militar.

[126] Corte Constitucional, sentencia C-879 de 2011. (MP Humberto Antonio Sierra Porto). La expresión fue declarada exequible condicionada en los términos fijados en el punto 7 de las consideraciones de la parte motiva, de la sentencia.

[128] Corte Constitucional, sentencia C-755 de 2008. (MP Nilson Pinilla Pinilla; SV Jaime Araújo Rentería).

[129] Corte Constitucional, sentencia C-755 de 2008. (MP Nilson Pinilla Pinilla; SV Jaime Araújo Rentería).

[130] Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1999. (MP Martha Victoria Sáchica).

[131] El texto del artículo 40 de la Ley 48 de 1994 era el siguiente: “Al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos (...) b) A los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a continuar estudios en centros de educación superior, el puntaje obtenido en las pruebas de Estado o su asimilado, realizado por el Icfes o entidad similar, se le sumará un número de puntos equivalente al 10% de los que obtuvo en las mencionadas pruebas. El Icfes expedirá la respectiva certificación”.

[132] Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz).

[133] Ley 48 de 1993, artículo 40 “D) Ingresar sin examen de admisión a las Escuelas de Capacitación Agropecuaria e Industrial, al SENA o a Institutos similares previa presentación de la tarjeta de reservista de primera clase.”

[134] Corte Constitucional, sentencia C-1410 de 2000 (MP Fabio Morón Díaz).

[135] Ley 48 de 1993, artículo 41 “Infractores. Son infractores los siguientes: (...) g) Los que habiendo sido citados a concentración no se presenten en la fecha, hora y lugar indicados por las autoridades de Reclutamiento, son declarados remisos. Los remisos podrán ser compelidos por la Fuerza Pública, en orden al cumplimiento de sus obligaciones militares, previa orden impartida por las autoridades del Servicio de Reclutamiento.”

[136] Corte Constitucional, sentencia C-879 de 2011 (MP Humberto Sierra Porto). La disposición fue declarada exequible condicionada en los términos fijados en el punto 7 de las consideraciones de la parte motiva, de la sentencia.

[137] Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz; SPV Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

[138] Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo; SV Jorge Iván Palacio Palacio, Gloria Stella Ortiz Delgado, María Victoria Calle Correa. AV Luis Ernesto Vargas Silva).

[139] Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz).

[140] Corte Constitucional, sentencia T-230 de 1994 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

[141] Corte Constitucional, sentencias C-333 de 1994, (MP Fabio Morón Díaz); C-265 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-445 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-613 de 1996 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-197 de 1997 (MP Carmenza Isaza de Gómez (E.)); C-507 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz); C-584 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-183 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-318 de 1998, (MP Carlos Gaviria Díaz); C-539 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-112 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-093 de 2001 (MP Alejandro Martínez Caballero).

[142] Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Jaime Araújo Rentería). Dice al respecto: “Según la jurisprudencia de esta Corporación, el examen de constitucionalidad de una norma legal supone la intervención de la jurisdicción constitucional en la órbita de competencias del legislador, en aras de preservar los principios y valores constitucionales. El principio democrático (art. 1 C.P.), el principio de la separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (art. 113 inciso 2 C.P.) y el principio de primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.) deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en concreto de forma que se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional. Tal es el sentido básico de los distintos grados de intensidad con los que debe aplicarse el test de razonabilidad de una medida legislativa. Ello explica que en materia de igualdad el test de razonabilidad, con variantes importantes pero también con

elementos comunes significativos, sea el método aplicado en otras democracias constitucionales, e, inclusive, por órganos jurisdiccionales regionales.//Además, es pertinente subrayar que el test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. el análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve.”

[143] Corte Constitucional, sentencias C-227 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; AV Rodrigo Escobar Gil), criterio reiterado en la sentencia C-793 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y C-335 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) entre otras.

[144] Corte Constitucional, sentencias C-093 de 2001 (MP Alejandro Martínez Caballero), C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Jaime Araújo Rentería); C-862 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y reiterada entre otras en la sentencia Corte Constitucional, sentencia C-015 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo).

[145] Corte Constitucional, sentencia C-227 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; SV Rodrigo Escobar Gil).

[146] Corte Constitucional, sentencia T-455 de 2014, (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En ella, la Corte debía resolver un caso de objeción de conciencia por motivos religiosos frente a la prestación del servicio militar.

[147] Corte Constitucional, sentencia C-561 de 2005. (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), reiterado en las sentencias C-879 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-455 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

[148] Corte Constitucional, sentencia C-561 de 1995 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

[149] Corte Constitucional, sentencia C-729 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva) Sostiene en el Salvamento conjunto: “los principales propósitos

declarados y expresados [por] el Congreso de la República al expedir la Ley 48 de 1993, (...) era aceptar la propuesta del Gobierno de adecuar las viejas reglas legales sobre reclutamiento a los nuevos derechos y mandatos de la Constitución Política de 1991.”

[150] Corte Constitucional, sentencia C-093 de 2001 (MP Alejandro Martínez Caballero), consideración jurídica No. 8. Esta decisión puede ser considerada como una de las sentencias hito en el análisis del juicio de igualdad. En ella se estudió la demanda contra el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, que determinaba como edad para adoptar los 25 años, lo que para el demandante resultaba una diferenciación injustificada. Para resolver la cuestión la Corte hace un recuento del análisis de proporcionalidad, el test de igualdad y el juicio integrado de igualdad, haciendo las respectivas diferencias y verificando las ventajas de su combinación antes de revisar la importancia de la determinación de la intensidad del análisis.

[151] Corte Constitucional, sentencias, C-093 de 2001 (MP Alejandro Martínez Caballero), C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Jaime Araújo Rentería); C-862 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y reiterada entre otras en la sentencia Corte Constitucional, C-104 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, AV María Victoria Calle Correa), la Corte precisó el procedimiento en los siguientes términos: “6.5.2. El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.// Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido a revisión, este Tribunal ha fijado

una regla y varios criterios.”

[152] Información disponible en el DANE en red, consultada en la siguiente dirección electrónica:

http://formularios.dane.gov.co/senApp/nomModule/aym_index.php?url_pag=clasificaciones&lr=&cla_id=1&gru_pri_id=105&url_sub_pag=_05&alr=&

[153] Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Reiterada en la sentencia C-177 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[154] Corte Constitucional, sentencia C-093 de 2001 (MP Alejandro Martínez Caballero). La demanda se dirige contra un aparte contenido en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, “por el cual se expide el Código del Menor.”, que hace referencia a los 25 años como requisito para adoptar, por considerar que vulnera el artículo 13 de la Constitución Política. El demandante considera que la norma acusada consagra un trato diferente, por razones de edad y de filiación, que no es razonable y que no encuentra justificación constitucional, pues sostiene que la edad para adoptar debe ser regulada legalmente con la misma lógica que utiliza el Legislador para autorizar válidamente el matrimonio. La Corte, a partir de un estudio de proporcionalidad en sentido estricto, encuentra que la medida genera mayores ventajas frente a los eventuales perjuicios, porque la norma tan solo impone una restricción temporal, pero sin negar para siempre la posibilidad de adoptar. En dichos términos, se declara exequible la expresión “haya cumplido veinticinco años”, de la norma acusada.

[155] Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; AV Jaime Araújo Rentería, Álvaro Tafur Galvis). La demanda se dirige contra los artículos 4º y 33 del Decreto Ley 2277 de 1979, en su totalidad, por vulnerar los artículos 13, 16, 20, 25, 26, 27, 42, 44, 67, 68, 71, 125 y 333 de la Constitución Política. Sostiene el demandante que las normas impugnadas lesionan el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los educandos y educadores no oficiales al profesionalizar la docencia en el sector privado y sujetar la difusión de sus conocimientos al “monopolio de una profesión”, además de lo cual, impiden a personas que no son licenciados en educación y que no se encuentren debidamente escalafonados ejercer su libertad de expresión, comunicación y enseñanza. En síntesis, alega que se establece una limitación inconstitucional a las entidades privadas y a los científicos y artistas, lo que viola la libertad científica y artística de los establecimientos

educativos privados. El tribunal resuelve declarar exequible el artículo 4º del Decreto 2277 de 1979 y se declara inhibido para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 33 del mismo Decreto.

[156] Corte Constitucional, sentencia C-720 de 2007 (MP Catalina Botero Marino; AV Catalina Botero Marino). La demanda se dirige contra los artículos 186 (numeral 8º), 192 y 207 del Decreto 1355 de 1970, “por el cual se dictan normas sobre policía”, por considerar que vulneran el artículo 28 de la Constitución Política. La demandante afirma que no tiene respaldo constitucional que las autoridades de policía puedan privar de su libertad a las personas bajo la figura correctiva de la retención transitoria, con desconocimiento del juez natural, de la presunción de inocencia, de la reserva judicial y de las demás formalidades, por ello, dicha retención transitoria constituye una sanción que se aplica sin juicio previo por parte de autoridades administrativas de policía, las cuales no tienen la calidad de jueces ni ejercen funciones jurisdiccionales. La Corte declara exequible el numeral 8 del artículo 186 del Decreto ley 1355 de 1970, e inexecutable el artículo 192 del mismo decreto, así como la expresión “Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando”, contenida en el artículo 207.

[158] Imprenta Nacional, Gaceta del Congreso del 17 de septiembre de 1992.

[159] Por Auto del 27 de mayo de 2016, se rechazó el cargo presentado contra la expresión “la mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario” pues no se presentó ningún escrito de subsanación del defecto de especificidad encontrado. El cargo sostenía la supuesta violación del artículo 216 de la Carta, por la supuesta falta de regulación de la excepción al servicio militar, pues según el demandante, la norma “simplemente se limitó a establecer que la mujer no prestará servicio militar obligatorio”. De esta forma, el análisis jurídico se limitó al cargo contra 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.” Del artículo 10, parágrafo, de la Ley 48 de 1993.

[160] La medida, según lo explicó la sentencia C-511 de 1994, parte de la suposición de que las mujeres no son aptas o que por razón de su sexo no les corresponde adelantar actividades militares, tradicionalmente reservadas a los hombres, y que al hacerlo pueden

generar dificultades en la eficiencia de la prestación del servicio.

[161] Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Jaime Araújo Rentería) “Además, es pertinente subrayar que el test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. el análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve.”

[162] Corte Constitucional, sentencia C-720 de 2007 (MP Catalina Botero Marino).

[163] Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994 (MP Carlos Gaviria Díaz).

[164] Las mujeres en el mundo y particularmente en Colombia son símbolo de fortaleza y entereza. Su capacidad laboral, intelectual y física se pone a prueba diariamente con enormes logros. Por ejemplo, las medallistas olímpicas que enorgullecen al país con cuatro de las cinco medallas de oro que ha obtenido Colombia, en disciplinas esforzadas y riesgosas del deporte (María Isabel Urrutia, primera medalla de oro de Colombia, ganó en 2000 en la Categoría de levantamiento de pesas; Mariana Pajón, medalla de oro en BMX en 2012 y nuevamente en 2016, Caterine Ibargüen, medallista de oro en triple salto en 2016). Destacadas, oficiales y suboficiales presentes en cada uno de los componentes de la Fuerza Pública (se cuentan entre ellas la primera General de la Policía Nacional Luz Marina Bustos (2009); la General María Paulina Leguizamón Zarate, primera general del Ejército Nacional (2013); la primera mujer oficial piloto de la Armada Nacional, Teniente de Corbeta Lozano Castrillón (2003) o Luz María Correa Cárdenas, primera mujer Sargento Mayor del Ejército (2012), entre muchas otras). Hay mujeres profesionales y trabajadoras en todos los sectores; lideresas sociales, políticas, profesoras, madres cabeza de hogar. No hay ningún trabajo vetado para una mujer, ni existe justificación alguna que permita excluirlas, por principio, de una actividad.

[165] La Corte es consciente que actualmente hay un número considerable de mujeres que participan directamente en las hostilidades y conflictos armados. Pero también sabe que esta relación entre guerra y mujer es una historia que está aún por contarse. Existen actualmente estudios como *Mujer y Guerra: Enciclopedia histórica desde la antigüedad*

hasta el presente (Woman and war: A historical Encyclopedia from antiquity to the present) del autor Bernard A. Cook (2006), que demuestra que la mujer ha tomado roles en las hostilidades, y especialmente determinantes desde las guerras mundiales que hasta el momento no han sido registrados adecuadamente. Ver también, CICR. "Woman and war- An Overview" 30-09-2000 Article, International Review of the Red Cross, No. 839, by Charlotte Lindsey. Recuperado el 22 de noviembre de 2016 en la siguiente dirección electrónica en red: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jqj3.htm> LONDOÑO. Luz María. "La Corporalidad de las guerreras: una mirada sobre las mujeres combatientes desde el cuerpo y el lenguaje". Revista de Estudios Sociales, no. 21 agosto de 2005, 67-74. Disponible en: file:///C:/Users/carolinarh/Downloads/-data-Revista_No_21-07_Otras_Voces1.pdf

[166] En primer lugar, es importante destacar que los analistas feministas y los análisis de género no coinciden en sus puntos de vista, en lo que respecta a la relación entre mujeres, hombres, y seguridad. Por un lado, las liberales feministas buscan una completa igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y propenden por una representación igualitaria de las mujeres en los altos mandos del Estado y una defensa por el derecho de las mismas a participar en el combate. De acuerdo con lo cual, Jean Elshtain, en su libro "Mujer y Guerra", alega que la distinción entre hombres y mujeres, que concibe a los primeros como guerreros, ha estado en el centro de gran parte de la teorización sobre el papel de la perspectiva de las mujeres y los hombres, tanto en la guerra como en la sociedad. También, destaca el papel clave que juegan las narrativas de la guerra en el fortalecimiento de los roles tradicionales de género en un contexto doméstico / social. Por otra parte, los radicales feministas preferirían ver un cambio en la dinámica del aparato de seguridad del Estado, lo que incluye un rechazo a los valores masculinos y un deseo de feminizar las instituciones y los conflictos. Algunos de estos radicales enfatizan la paz como punto final de las instituciones y mentalidades cambiantes, en relación con ello, Jean Elshtain, en la misma obra mencionada previamente, expresa que La naturaleza de género del estado es significativa, en cuanto a las desigualdades de trato para las mujeres, en la sociedad en general. La igualdad para ellas puede lograrse, primero, mediante la igualdad de oportunidades en la educación, en las instituciones sociales, así como en el lugar de trabajo y, a continuación, mediante el logro progresivo de la paridad de representación en las oficinas centrales del Estado: por supuesto, las militares. Por último, los feministas marxistas trabajan sobre el tema de clase y género, resaltando, a través de ello, tanto la

subordinación de la mujer en el lugar de trabajo como la sobre-representación de las mujeres en los grupos más bajos a nivel socioeconómico alrededor del mundo. Son ellos, entonces, quienes guían nuestra atención hacia los vínculos entre la depravación económica, seguridad y vulnerabilidad. Al respecto se puede consultar a Caroline Kennedy-Pipe, *Gender and Security*, en: Alan Collins, *Contemporary Security Studies*, Oxford, 2012. Pp 107-120.

[167] Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[168] Parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 48 de 1993. Cfr. Núm. 3.

[169] Consejo de Estado. Sentencia de 25 de febrero de 2009. Exp. 15793.

[170] *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

[171] BREYER, Stephen. *The Court and The World*. Vintage Books. New York (2016). Capítulos 11 y 12.