



SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Radicado: 11001-03-25-000-2012-00255-00 (0973-2012)

Demandante: LEIDY DIANA CALDERÓN MOSQUERA

Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL

Con el debido respeto por las decisiones de los consejeros que integran esta Sala de Subsección, me permito expresar las razones que motivan mi salvamento de voto en la providencia del 24 de octubre de 2019, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora Leidy Diana Calderón Mosquera contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional:

La señora Leidy Diana Calderón Mosquera fue sancionada por la entidad demandada con inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de once (11) años puesto que al momento de su ingreso a esa Institución suministró datos inexactos relacionados con su estado civil: omitió manifestar que era madre de dos hijos, cuando uno de los requisitos del proceso de selección para el cargo de patrullero era ser soltero, sin hijos y permanecer así durante todo el proceso.

La decisión tuvo fundamento en el literal a) del numeral 30 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, que dispone como falta gravísima « [...] Proporcionar datos inexactos, omitir, suprimir o alterar información que tenga incidencia en la vinculación o permanencia en el cargo o la carrera, así como para ascensos y cualquier novedad atinente a la administración del talento humano o a la función encomendada, con el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero; [...]» y la Resolución No. 01071 del 12 de abril de 2007 suscrita por el Director General de la Policía Nacional, aprobada mediante Resolución No. 1933 del 23 de mayo de 2007 del Ministerio de Defensa, que estableció como requisitos del proceso de selección ser «soltero (a) sin hijos y permanecer en este estado durante el proceso de formación.»

Al resolver el caso, la Sala de Subsección decidió negar las pretensiones de la demanda toda vez que no encontró acreditado ninguno de los cargos formulados en contra de los actos administrativos demandados, sin embargo, considero que no se tuvieron en cuenta algunos aspectos de especial importancia en el análisis del asunto, los cuales hubieren dado lugar a la prosperidad de las pretensiones formuladas:

1. El requisito dispuesto en la Resolución No. 01071 del 12 de abril de 2007 suscrita por el Director General de la Policía Nacional, exigido a la señora LEIDY DIANA CALDERÓN MOSQUERA, es inconstitucional.

La falta disciplinaria por la cual fue sancionada la señora LEIDY DIANA CALDERÓN MOSQUERA está contenida en el artículo 34 numeral 30 literal a) de la Ley 1015 de 2006, cuyo tenor es el siguiente:

« [...] Proporcionar datos inexactos, omitir, suprimir o alterar información que tenga incidencia en la vinculación o permanencia en el cargo o la carrera, así como para ascensos y cualquier novedad atinente a la administración del talento humano o a la función encomendada, con el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero; [...]»

Su complemento se encuentra en la Resolución No. 01071 del 12 de abril de 2007 suscrita por el Director General de la Policía Nacional, aprobada mediante Resolución No. 1933 del 23 de mayo de 2007 del Ministerio de Defensa, que estableció como requisitos del proceso de selección de patrulleros, entre otros, ser «soltero (a) **sin hijos** y permanecer en este estado durante el proceso de formación»

Quiere decir lo anterior que solo se podían presentar al proceso de selección de patrullero convocado por la Policía Nacional las personas solteras y sin hijos, mientras que las personas casadas y con hijos quedaban por fuera de la convocatoria.

Al respecto, la Corte Constitucional ha mantenido la posición jurisprudencial que requerimientos de tal naturaleza resultan inconstitucionales porque **transgreden las garantías fundamentales al libre desarrollo de la personalidad e igualdad**, así se ha pronunciado:

.- **Sentencia C-588 de 1992.** El Alto Tribunal declaró la inexecutable de las expresiones «célibes» y «permanezcan en estado de celibato» contenidas en el artículo 250 del Decreto 1211 de 1990¹ que establecía un derecho pensional a favor de las hijas de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que cumplieran con ese requisito pues consideró que es contraria al artículo 13 y 16 de la Constitución en la medida que **«Toda persona, en ejercicio de su libertad, debe poder optar sin coacciones y de manera ajena a estímulos establecidos por el legislador, entre contraer matrimonio o permanecer en la soltería».**

.- **Sentencia C-182 de 1997.** Al analizar la constitucionalidad de la condición resolutoria para los beneficiarios de las pensiones de sobreviviente «se extinguen para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital» presente en los Decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, la Corte sostuvo que «la condición resolutoria aludida, contenida en los preceptos acusados resulta contraria al ordenamiento constitucional, pues **coloca sin razón válida en una situación de desventaja y desfavorable a los destinatarios del régimen excepcional consagrado en los decretos mencionados, frente a aquellos cobijados por la Ley 100 de 1993**, para quienes no se extingue por dicha circunstancia la pensión de sobrevivientes.» Y agregó que «no existe razón valedera que justifique constitucional ni legalmente dicha diferenciación, entre personas colocadas en una misma situación fáctica -la muerte o el fallecimiento del trabajador, afiliado o pensionado-, ya que todos los beneficiarios de la pensión tienen el mismo derecho a gozar de la misma, **sin que circunstancias de orden personal y de su fuero interno, como lo es la decisión individual de contraer nuevas nupcias o hacer vida marital, puedan dar lugar a ese tratamiento**

¹ «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.»

discriminatorio, expresamente prohibido en el artículo 13 de la Carta Fundamental».

.- Sentencia T-813 de 2000. En un caso similar al que se discute, en el que un oficial de la Escuela «General José María Córdova» fue desvinculado del proceso de formación con la cancelación de su matrícula porque contrajo matrimonio y tuvo una hija, la Corte Constitucional resolvió inaplicar la norma que así lo requería y reintegrarlo a la Institución al considerar que **«La intromisión de otros en aspectos tan esenciales como la escogencia del estado civil (casado o soltero), la determinación acerca de si se constituye o no una familia -por vínculo matrimonial o de hecho-, la selección de la pareja, la decisión acerca de si ésta quiere o no procrear, la planeación sobre el número de hijos y en torno a la época en que habrán de ser engendrados, la resolución de dar por terminado el matrimonio o de poner fin a la unión de hecho..., implica sin lugar a dudas una limitación de la libertad no consentida por la Carta Política ni por los tratados internacionales sobre derechos humanos, y respecto de ella cabe acudir al amparo judicial, según las reglas contempladas en el artículo 86 de la Constitución».**

.- Sentencia C-1292 de 2001. En esta oportunidad la Corte declaró la inexecutable de la expresión «y soltero» incluida en los parágrafos 1 y 2 del artículo 33 del Decreto 1790 de 2000² que condicionaba el ingreso de oficiales y suboficiales a las Fuerzas Militares y exceptuaba de la condición de soltería al cuerpo administrativo y al perteneciente a la justicia penal militar, **al exponer que la vida familiar no era incompatible con la vida militar y que «el reproche**

² «Decreto 1790 de 2000. Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

[...]

Artículo 33.- INGRESO Y ASCENSO. El ingreso y ascenso de los oficiales de las Fuerzas Militares se dispone por el Gobierno Nacional y el de los suboficiales por el Ministro de Defensa Nacional o los comandos de las respectivas fuerzas cuando en ellos se delegue, de acuerdo con las normas del presente Decreto.

Parágrafo 1º.- Para ingresar a las Fuerzas Militares como oficial o suboficial es condición mínima ser colombiano y soltero.

Parágrafo 2º.- Se exceptúa de la condición de soltería a los oficiales y suboficiales del Cuerpo Administrativo y del cuerpo de Justicia Penal Militar.»

más grave a la restricción de acceso a las Fuerzas Militares que impone la disposición que se examina, **radica en su desproporcionalidad**. En efecto, el sacrificio de derechos fundamentales que implica supera en mucho el beneficio constitucional que supuestamente se obtendría, cual sería el mejorar las condiciones para el desarrollo del proceso educativo. **Los derechos a la igualdad de acceso a la educación y a los cargos públicos, a la libertad de escoger profesión y oficio y al libre desarrollo de la personalidad, se ven seriamente recortados, pues todas las personas que no sean solteras quedan automáticamente excluidas de la posibilidad de educarse para llegar a ser oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública».**

.- Sentencia C-101 de 2005. El Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 1134³ del Código Civil que permitía que el testador condicionara la entrega o el goce de la asignación testamentaria a que la mujer permaneciera soltera o viuda pues advirtió que **«La opción de casarse y conformar una familia, hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Es una de esas decisiones trascendentales de las personas, que determinaran su forma de vida, de ahí, que ella no pueda estar sujeta a condiciones que limiten o restrinjan el ejercicio libre y autónomo de esa opción».**

.- Sentencia C-063 de 2018. La Corte declaró la inexecutable del literal c) del artículo 4 del Decreto Ley 1793 de 2000⁴, que establecía como uno de los requisitos para ser incorporado a las Fuerzas Militares, ser soltero y sin hijos, con

³ «Artículo 1134.- Los artículos precedentes no se oponen a que se provea a la subsistencia de una mujer mientras permanezca soltera o viuda, dejándole por ese tiempo un derecho de usufructo, de uso o de habitación, o una pensión periódica.»

⁴ «Decreto Ley 1793 de 2000 "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares."»

Artículo 4. Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:

[...]

c) Ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho.

[...]» Literal declarado inexecutable.

el argumento que «(i) **la Constitución Política garantiza a todas las personas el derecho a conformar una familia**, por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla. (ii) Así mismo, se protege el derecho a elegir libre y responsablemente si se quiere o no tener hijos, el número de ellos y la periodicidad entre los mismos. Por ello, como lo ha sostenido la Corte, (iii) **cualquier intromisión de la ley en una decisión íntima y personalísima que corresponda al fuero interno de los individuos, como la de casarse, conformar una unión marital de hecho o tener hijos, constituye una injerencia indebida y arbitraria que carece de justificación constitucional**, por estar relacionada con el plan de vida de cada persona y con la expresión de su identidad. En esa medida, (iv) **las normas que condicionan beneficios o prerrogativas al mantenimiento de un determinado estado civil o a la condición de no ser padre o madre han sido declaradas inexequibles por esta Corte, de forma reiterada, en tanto fundan la distinción en un criterio que atentan contra los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad».**

De acuerdo con lo expuesto, surge con claridad para el suscrito que **el requisito de ingreso dispuesto en la Resolución No. 01071 del 12 de abril de 2007, «sin hijos» exigido a la demandante como aspirante a patrullera de la Policía Nacional, es inconstitucional** porque vulnera los derechos a (i) **la igualdad** puesto que toda persona, sin discriminación, es titular de los derechos a establecer una familia y a procrear, en consecuencia cualquier intervención del Estado frente a estas decisiones, tal como la restricción impuesta, constituye una exclusión injustificada y (ii) **al libre desarrollo de la personalidad** en tanto el Estado no puede intervenir en las decisiones referentes al desenvolvimiento de la vida particular y familiar de los individuos, a quienes les asiste, la elección personalísima de tener hijos, permanecer solteros o casarse.

En consecuencia de la inconstitucionalidad de este requisito deviene entonces: (i) la atipicidad de la conducta y (ii) la inexistencia de ilicitud sustancial en el comportamiento desplegado por la señora Leidy Diana Calderón Mosquera, como se sustentará a continuación:

1.1. Atipicidad de la conducta realizada por la señora Leidy Diana Calderón Mosquera.

El derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política dispone que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio».

En razón de este precepto constitucional al legislador le asiste el deber de establecer los comportamientos y actuaciones que atentan contra los bienes jurídicos y establecer la sanción correspondiente.

Acorde con esa obligación, el principio de tipicidad rige la actuación disciplinaria en el sentido que impide a la administración juzgar una conducta que no esté previamente establecida en la Ley. En términos de la Corte Constitucional⁵: «[...] No sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que además, la sanción debe estar predeterminada. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta. [...]».

Luego, el propósito de este principio es «garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica⁶».

Ahora bien, tratándose específicamente de las faltas disciplinarias el Alto Tribunal ha precisado que «corresponde al concepto jurídico de 'tipos abiertos', aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-417 de 1993. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-769 de 1998. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria⁷».

Para el caso en particular, se recuerda que la falta por la cual fue disciplinada la señora Leidy Diana Calderón Mosquera está comprendida en el literal a) del numeral 30 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006:

« [...] Proporcionar datos inexactos, omitir, suprimir o alterar información que tenga incidencia en la vinculación o permanencia en el cargo o la carrera, así como para ascensos y cualquier novedad atinente a la administración del talento humano o a la función encomendada, con el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero; [...]»

La cual fue complementada con la disposición contenida en la Resolución No. 01071 del 12 de abril de 2007 suscrita por el Director General de la Policía Nacional y aprobada mediante Resolución No. 1933 del 23 de mayo de 2007 del Ministerio de Defensa que estableció como requisitos del proceso de selección los siguientes:

- «Ser colombiano.
- Edad de 18 años hasta menos de 25 años. Si se acredita título profesional universitario hasta menores de 27 años.
- **Soltero (a) sin hijos y permanecer en este estado durante el proceso de formación.**
- Título de bachiller.
- Puntaje Icfes (...)
- Estatura mínima (...)
- No haber sido condenado a penas privativas de libertad, ni poseer antecedentes disciplinarios ni de policía.» **Destacado fuera del texto.**

A propósito, la Resolución referida justificó en su numeral 2.2.6., denominado «soporte de requisitos», las exigencias relativas a la mayoría de edad, la estatura y los resultados de las pruebas ICFES, sin embargo, **no argumentó de modo alguno por qué el aspirante debía ser soltero, sin hijos y permanecer en este estado durante el proceso de formación.**

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005.

Lo expuesto anteriormente, aunado a las explicaciones realizadas al inicio de este escrito, debió conllevar a la Sala de Subsección a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad definida por la Corte Constitucional como «[...] **un deber** en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella **en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales** [...]» con el fin de garantizar los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad transgredidos a la señora Leidy Diana Calderón Mosquera por la aplicación de una norma de inferior jerarquía que clara y evidentemente contraviene las normas de la Constitución Política como ha sido reconocido por esa Corporación en las sentencias C-588 de 1992, C-182 de 1997, C-1293 de 2001, C-101 de 2005 y T-813 de 2000, en las que mantuvo la posición sobre la inconstitucionalidad de esta exigencia toda vez que el Estado no puede interferir en la decisión de un individuo sobre su estado civil.

Lo contrario, es decir, **la inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad comporta la configuración de la «causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales determinada como violación directa a la Constitución** cuyo origen deviene de la interpretación legal inconstitucional o inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad⁸, es decir, se configura cuando el funcionario judicial adopta una decisión que desconoce los principios y derechos contenidos en la Constitución Política o inaplica la excepción de inconstitucionalidad de una norma inferior a las constitucionales y contraria a las mismas^{9 y 10}».

En ese sentido, **debió aplicarse**, como era lo pertinente, **la excepción de inconstitucionalidad de la norma que complementó la falta disciplinaria y concluir sobre la atipicidad de la conducta** desplegada en tanto se tendría por inexistente la obligación de la señora Leidy Diana Calderón Mosquera de manifestar cualquier información sobre su estado civil y con ello la incursión en la falta disciplinaria impuesta.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-132 de 2013. Cit. de cit. «Véase en la sentencia T-551 de 2010.»

⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-132 de 2013. Cit. de cit. «El concepto de *violación directa a la constitución* puede verse en Sentencias como la T-551 de 2010, T-1028 de 2010, SU-195 de 2012, entre otras.»

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-132 de 2013.

Dicho de otra manera, al hacer una lectura sistemática de la norma que establece la prohibición se concluye que la conducta es atípica porque no se puede exigir el cumplimiento de una obligación que surge de una norma inconstitucional, que es inexistente al estar por fuera del ordenamiento jurídico por ser contraria a la Constitución Política. De allí que la señora Leidy Diana Calderón Mosquera no le asistiera el deber de manifestar información alguna sobre su estado civil y mucho menos ser sancionada por ello.

1.2. Inexistencia de ilicitud sustancial en la conducta desplegada por la señora LEIDY DIANA CALDERÓN MOSQUERA.

Sobre la ilicitud sustancial, el artículo 4 de la Ley 1015 de 2006¹¹ dispone que «La conducta [...] será contraria a derecho cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»

A propósito, la Corte Constitucional¹² ha señalado que «[...] las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos, fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública. El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente **no es el desconocimiento formal** de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que **se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta [...]**».

De acuerdo con lo anterior, para que se configure la falta disciplinaria no es suficiente con que el servidor público incumpla los deberes funcionales sino que **transcienda y atente contra el correcto desarrollo de la función pública.**

¹¹ Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-948 de 2002. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

En la misma línea de ideas, esta Sala de Subsección en sentencia del 11 de abril de 2019¹³, precisó que « [...] **lo sustancial** en relación con la ilicitud, **significa que la infracción del deber funcional debe tener cierta relevancia**, importancia o esencialidad frente a los fines del Estado, la satisfacción del interés general y los principios de la función pública. [...]». En consecuencia «[...] **se dejan de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen dentro del tipo disciplinario, no tienen una trascendencia tal en relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general**, aspectos que son precisamente el propósito que persiguen las normas disciplinarias.»

Atendiendo a las consideraciones jurídicas precedentes, es oportuno concluir que **al ser inconstitucional el requisito sobre el que recayó la falta disciplinaria atribuida a la demandante, no es posible derivar de éste la antijuridicidad de la conducta por la cual fue sancionada.**

Asimismo, teniendo en cuenta que no se advirtió ninguna prueba en el expediente que justificara la imposición de dicho requisito para acceder al cargo de patrullera como se reveló en el numeral anterior, **era imposible para la Sala concluir que el estado civil de la señora Leidy Diana Calderón Mosquera, madre de dos hijos, afectara el buen funcionamiento del Estado, la buena marcha de la función pública o el interés general.**

Por el contrario, lo que si se observó es la imposición de una exigencia que está al margen de cualquier disposición constitucional y por supuesto, del estado social de derecho, en razón a que **se castigó a una mujer por ejercer sus libertades** y se obvió la versión libre que rindió en la que expresó su falta de oportunidades, su condición de madre cabeza de familia, la precaria situación económica en la que se encontraba y el sueño de ser una patrullera de la Policía Nacional con el propósito que sus «hijos no fueran y no sean unos más de los niños que no pueden tener

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". C.P.: William Hernández Gómez. Sentencia del 11 de abril de 2019. Demandante: GJCO. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

educación, que están en la calle siendo explotados, o quizás dejan ir al colegio para ayudar a sus familias, yo no quería eso para mis hijos».

2. La aplicación de un test de proporcionalidad resultaría en el favorecimiento de la protección de los derechos fundamentales vulnerados con la sanción impuesta.

En concordancia con lo expuesto, soy de la opinión que de aplicar el test de proporcionalidad en el *sub examine* este resultaría en el favorecimiento de la protección de los derechos a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad de la señora Leidy Diana Calderón Mosquera por encima de la necesidad de imponer una sanción que garantizara la disciplina de la servidora pública, con sustento en las siguientes razones:

- Se vulneró el derecho a la igualdad porque la norma en que se fundamentó contiene un requisito que establece una diferenciación irrazonable en la oportunidad de acceso a un proceso de selección para ser patrullero de la Policía Nacional, en detrimento de las personas que son casadas o tienen hijos y que aun cuando cumplen con los requisitos de edad, estatura, méritos académicos para participar, **se ven desplazados por la determinación personalísima de su estado civil.**

- Se violó el libre desarrollo de la personalidad puesto que, se reitera, el Estado no puede intervenir en la decisión individual de optar por un estado civil u otro, por tener hijos o no.

- La medida desconoció a la familia como núcleo esencial de la sociedad la cual debe ser protegida por el Estado de modo que las autoridades públicas, deben inhibirse de adoptar medidas administrativas o judiciales que impliquen la violación de la unidad familiar.¹⁴

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-572 de 2009.

.- No se demostró que la conducta realizada afectara el servicio o el cumplimiento de los fines del Estado que constituye el propósito de la sanción disciplinaria según el artículo 14 de la Ley 1015 de 2016¹⁵, tanto es así, que los demás miembros de la institución que ostentan grados superiores, sí pueden casarse y tener hijos, por ejemplo, los soldados profesionales.

.- Las normas constitucionales tienen un rango superior a las reglas contenidas en la Resolución No. 01071 del 12 de abril de 2007 suscrita por el Director General de la Policía Nacional que impuso la exigencia «ser soltero y sin hijos» para acceder al proceso de selección.

.- El requisito legal que complementa la falta disciplinaria endilgada a la demandante es inconstitucional, luego entonces no se justifica la imposición de la inhabilidad de modo que lo procedente era proteger sus derechos fundamentales y acceder a las pretensiones de la demanda.

En síntesis, el test de proporcionalidad beneficiaría a la demandante porque la sanción no era idónea, necesaria ni proporcional en razón a que no existió una afectación del servicio o un cumplimiento de los fines del Estado, por consiguiente debió declararse la nulidad del acto administrativo demandado y ordenar el consecuente restablecimiento del derecho.

3. Justicia con perspectiva de género: desconocimiento de la condición de mujer madre cabeza de familia.

Es una verdad reconocida por la jurisprudencia constitucional que la mujer ha padecido históricamente una desventaja respecto del hombre, la cual se ha materializado en todos los ámbitos de su vida, social, económico, familiar y laboral: se les comparaba con los menores y dementes en la administración de sus bienes, estaban imposibilitadas de ejercer la patria potestad, debían asumir el apellido de

¹⁵ «El acatamiento a la ley disciplinaria garantiza el cumplimiento de los fines y funciones del Estado, en relación con las conductas de los destinatarios de esta ley.»

sus maridos, no podían ejercer el derecho al voto, tenían limitado el acceso a la educación superior y si trabajaban estaban impedidas de recibir su salario porque debía ser pagado a sus esposos.¹⁶

Solo hasta el año 1932¹⁷ se le reconoció a la mujer casada la libre administración de sus bienes, en 1933^{18,19} el acceso a educación secundaria y a la Universidad, en 1954²⁰ el derecho al sufragio y veinte años después, en 1974²¹ la patria potestad sobre sus hijos.

Particularmente en lo que a la esfera laboral se refiere, en el año 1962²², Colombia ratificó el Convenio 100 de 1952 de la OIT sobre la igualdad en la remuneración laboral entre hombres y mujeres, en el año 1981²³ aprobó el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW²⁴), más adelante expidió la Ley 82 de 1993 «apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia» y por último promulgó 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».

Bajo ese contexto, le corresponde a los funcionarios de la Rama Judicial la obligación de velar por el cumplimiento de las leyes que han materializado el avance de la lucha de las mujeres por un trato igualitario. En ese sentido, se debe sensibilizar sobre la necesidad de una perspectiva de género en la resolución de los casos puestos en su conocimiento.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000.

¹⁷ Ley 28 de 1932 «Sobre reformas civiles (Régimen Patrimonial en el Matrimonio)»

¹⁸ Decreto 227 de 1933 «por el cual se dictan disposiciones sobre enseñanza secundaria para señoritas»

¹⁹ Decreto 1972 de 1933 «Por el cual se modifican los Decretos números 1487 de 1932 y 227 de 1933 (enseñanza secundaria y normalista).»

²⁰ Bajo la dictadura de Gustavo Rojas Pinilla, el derecho de la mujer al voto fue aprobado el 25 de agosto de 1954 a través del acto legislativo No. 3 de la Asamblea Nacional Constituyente y solo hasta el año 1957 lo ejerció en el plebiscito del 1 de diciembre de 1975 que proponía una reforma para la paz en Colombia.

²¹ Decreto 2820 de 1974 «Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones.»

²² Ley 54 de 1962 «por la cual se aprueban varios Convenios Internacionales del Trabajo adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, en las reuniones 20ª, 32ª, 34ª y 40ª.»

²³ Ley 51 de 1981. «por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmado en Copenhague el 17 de julio de 1980.»

²⁴ Por sus siglas en inglés.

Así las cosas, para analizar el *sub judice* se debe partir del hecho, necesariamente, que la demandante es una mujer madre cabeza de familia y que tal condición la convierte en un sujeto de especial protección del Estado, lo cual se desprende de la versión libre que rindió, en la que expresó lo siguiente:

«[...] al momento de que iba a ingresar a la Policía ya tenía a mis dos hijos, cuando quise ingresar a la Policía lo hice con el fin de buscar un futuro mejor para mis hijos, ya que soy madre cabeza de hogar y no tenía un trabajo estable, mi situación económica era pésima, porque si tenía con que darle un desayuno a mis hijos, no tenía para un almuerzo, al momento de querer ingresar a la policía fue un sueño que tuve desde muy niña porque pertenecía a la Policía cívica 4 años, desde ahí me enfoqué en esta institución, cuando solicite los requisitos que se pedían para ser patrullera había un punto en donde decía que tenía que ser soltera y sin hijos, si era soltera, y soy soltera hasta el momento, mi pregunta fue porque sin hijos, yo le pregunté a más de un Policía me acercaba a las estaciones, más de un policía me manifestaba que el hecho de los hijos era porque muchas veces ponían la familia por delante para derogar traslados y querer estar cerca a la familia, yo no le vi ningún problema a negar mis hijos, porque no pensé que fuera un delito, solo quería que mis hijos no fueran y no sean unos más de los niños que no pueden tener educación, que están en la calle siendo explotados, o quizás dejan ir al colegio para ayudar a sus familias, yo no quería eso para mis hijos, mi padre él vive en la ciudad de Popayán, y yo le pedí la colaboración a él, yo le dije que me ayudara a salir adelante (...) mi padre decidió ayudarme, y me dijo que quería, yo le dije que me prestara la plata para ingresar a la Policía, él hizo un préstamo en el banco para poderme pagar la carrera, en el momento hice una declaración que pedían ahí para el ingreso [...] Apoderado. El padre de los hijos suyos responde por ellos. Contestó. Desde que yo tengo los niños, él nunca me ha dado a mi manutención para mis hijos, yo soy la que ha velado por ellos, la abuela me ha colaborado a tener los niños [...]»

Esta categorización, la de madre cabeza de familia, busca, en palabras de la Corte Constitucional, «preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella, al tiempo que se pretende apoyar a la mujer a soportar la pesada carga que por razones, sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, abriéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos»²⁵.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-184 de 2003.

En ese orden de ideas, tratándose de una relación laboral en la que una de las partes es un sujeto especialmente protegido, el principio de estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política alcanza una prevalencia particular, puesto que se traduce en su derecho a permanecer en el empleo.

Visto el caso desde esa perspectiva emerge de forma diáfana que **la decisión disciplinaria cuestionada** pasa por alto la categoría especial en la que se encuentra la demandante, esto es, desconoce que la señora Leidy Diana Calderón Mosquera es una madre cabeza de familia a quien le asiste una especial protección del Estado que **se erige en una restricción irrazonable e inadmisibles que viola flagrantemente los derechos de los menores a su cargo, quienes son privados de alimento, salud y educación con la imposibilidad de su progenitora de trabajar.** Justamente en razón a esa condición la discrimina y le impone una limitación que como ya se anotó, es claramente inconstitucional.

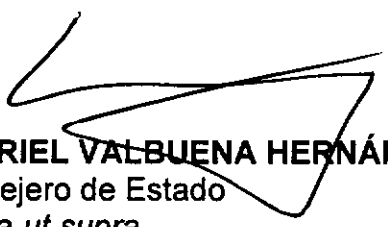
En mi sentir, no es de recibo que un Estado que se precia de ser «social y democrático de derecho», se avale la imposición de una sanción tan severa a una mujer, madre cabeza de familia, solo por el hecho de querer asegurarle a sus hijos unas condiciones mínimas de existencia (comida, vestido y educación), máxime cuando el requisito exigido por la entidad demandada es inconstitucional y no existen razones que lo justifiquen.

Soy de la posición, entonces, que en el caso bajo examen debió declararse la nulidad de los actos administrativos demandados y proteger a la mujer, madre cabeza de familia, a quien se le debe garantizar una estabilidad laboral por su «condición especial, concretada en su responsabilidad individual y solitaria en frente del hogar y como única fuente capaz de derivar el sustento diario de todos sus miembros»²⁶. De ahí que me distancie de la decisión mayoritaria.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-803 de 2013. Cit de cit: «T-1183 de noviembre 18 de 2005 y T-1211 de diciembre 5 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-356 de mayo 11 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra y T-162 de marzo 8 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.»

Finalmente conviene advertir que al soslayar los argumentos anteriores, la Sala de Decisión debió efectuar un análisis referido a la proporcionalidad de la sanción imputada a la demandante, puesto que no es razonable la imposición de once (11) años de inhabilidad para ejercer cargos públicos a una mujer, madre cabeza de familia, por no haber indicado al momento de inscribirse a la convocatoria de patrulleros, que tenía dos hijos, silencio que guardó movida por la necesidad de superar la precaria situación económica en la que se encontraba que le impedía ofrecer a sus hijos unas condiciones mínimas de existencia.

Con toda consideración,



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero de Estado
Fecha *ut supra*.