

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA FALLO SANCIONATORIO - Ampara / ENFOQUE DIFERENCIAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL - Mujer y madre cabeza de familia / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, DIGNIDAD HUMANA, IGUALDAD, LIBERTAD PARA DECIDIR SOBRE EL ESTADO CIVIL, AUTONOMÍA REPRODUCTIVA, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA / DEFECTO SUSTANTIVO / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – No aplicación

La Sala procederá a analizar si la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo, pues declaró la legalidad de los actos administrativos demandados y no aplicó la excepción de inconstitucionalidad, puesto que la resolución sobre la cual se cimentó la decisión de los fallos sancionatorios era contraria a los preceptos constitucionales. (...) Considera esta Sala que la actuación de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado configuró una violación directa de la Constitución por la aplicación de una norma contraria a la Carta y, además, comportó un defecto sustantivo por la falta de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. En virtud de lo expuesto, se concluye con meridiana claridad que la prohibición de tener hijos y la exigencia de ser soltero carece de justificación constitucional y, por el contrario, resulta a todas luces contraria a los derechos y principios superiores, en tanto desconoce abiertamente los derechos de los patrulleros, sin distinguir de su género, quienes no deben soportar la intromisión del Estado en aspectos propios de la esfera más íntima y personal del individuo. Lo expuesto recobra mayor sentido en el caso concreto si partimos de que se trata de una mujer y madre cabeza de familia, población que ha sido reconocida como sujetos de especial protección constitucional y que goza de una estabilidad laboral reforzada, de ahí que el proceder de los jueces de instancia al omitir analizar el asunto sometido a su consideración con perspectiva de género y, por el contrario, aplicarle de manera estricta una resolución, sin emplear una interpretación que reconociera la supremacía de las normas estipuladas en la Constitución Política, desconoció los derechos fundamentales aludidos. Con ello, de paso se desconoció que en anteriores oportunidades la jurisprudencia constitucional ya había precisado que ese tipo de prohibiciones son contrarias a la Carta y su aplicación configura una vulneración a los derechos fundamentales de quien solicitó la nulidad de los fallos sancionatorios

NOTA DE RELATORÍA: Con aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata, sin medio magnético a la fecha.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-02422-01(AC)

Actor: LEIDY DIANA CALDERÓN MOSQUERA

Demandado: SUBSECCIÓN A, SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la señora Leidy Diana Calderón Mosquera contra la sentencia del 8 de julio de 2020 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de la cual declaró improcedente el amparo pretendido.

SÍNTESIS DEL CASO

La accionante consideró que la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, familia, a escoger su estado civil, libertad para contraer o no matrimonio, autonomía reproductiva, acceso efectivo a la administración de justicia y los derechos fundamentales de sus hijos menores, por no garantizarle la protección laboral reforzada y no considerar debidamente su condición de mujer madre cabeza de familia, con ocasión de la sentencia del 24 de octubre de 2019 que negó la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se le declaró responsable disciplinariamente y se le impuso sanción de destitución e inhabilidad general.

ANTECEDENTES

Solicitud de Amparo

1. Mediante escrito del 2 de junio de 2020, la parte actora presentó acción de tutela en contra de la mencionada autoridad judicial por la presunta vulneración de los derechos fundamentales antes referidos. En consecuencia, solicitó:

Amparar los derechos fundamentales de la señora LEIDY DIANA CALDERÓN MOSQUERA, al debido proceso, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, al derecho de toda persona a escoger su estado civil, a la libertad para contraer o no matrimonio, a la autonomía reproductiva, a la familia, al acceso efectivo a la administración de justicia, así como los derechos fundamentales de sus hijos menores.

3.1 Declarar la nulidad del oficio DESAJAR16-394 del día 17 de marzo del año 2016 y del acto ficto negativo surgido, del silencio administrativo respecto del recurso de apelación contra la anterior decisión.

Dejar sin efectos la sentencia del 24 de octubre de 2019 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que denegó las pretensiones de la accionante dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho bajo el radicado No. 11001-03-25-000-2012-00255-00.

Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado que proceda a dictar una nueva sentencia, ajustada a la Constitución y la Ley, respetuosa de los derechos fundamentales de la señora LEIDY DIANA CALDERÓN MOSQUERA en un término razonable.

Adoptar las demás medidas de protección constitucional que se consideren necesarias.

2. Hechos y fundamentos de la vulneración

2. En apoyo de las pretensiones, la parte actora adujo, en resumen, los siguientes fundamentos fácticos:

3. La señora Leidy Diana Calderón Mosquera se vinculó a la Policía Nacional desde el 29 de agosto de 2008 hasta el 26 de noviembre de 2011.

4. La Policía Nacional inició investigación en contra de la actora porque al momento que ingresó a la institución suministró datos falsos relacionados con su estado civil, pues omitió que es madre de dos hijos sin tener en cuenta que el protocolo de selección exige ser soltero (a), sin hijos y permanecer en ese estado durante el proceso de formación.

5. La Oficina de Control Disciplinario Interno del departamento del Valle, mediante fallo del 10 de agosto de 2011, la declaró disciplinariamente responsable y le impuso sanción de destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos por el término de 13 años.

6. La accionante interpuso recurso de apelación y la Inspección Delegada Región de Policía nro. 4, mediante fallo del 29 de septiembre de 2011, confirmó la decisión de primera instancia, pero redujo la sanción a 11 años.

7. La accionante presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para que se declarara la nulidad de los anteriores actos administrativos y, en consecuencia, se ordenara su reintegro, el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, la desanotación de la sanción en los antecedentes disciplinarios y la declaración de que no existió solución de continuidad.

8. La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de única instancia del 24 de octubre del 2019, negó las pretensiones de la demanda, por lo que la accionante presentó la acción de tutela de la referencia.

9. A juicio de la actora, en la providencia objeto de controversia se incurrió en defecto sustantivo, por no haber aplicado un enfoque constitucional fundado en la salvaguardia de los derechos fundamentales y por violación directa de la Constitución al no aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Asimismo, puesto

que desconoció el precedente judicial en materia de justicia con perspectiva de género a favor de la mujer madre cabeza de familia.

10. Al respecto, manifestó que la sanción se impuso con base en una norma que es contraria a la Constitución, razón por la cual a la autoridad judicial le asistía el deber de aplicar la excepción de inconstitucionalidad de esa disposición.

11. En ese sentido, señaló que también se desconoció el alcance de los derechos fundamentales que ha fijado la Corte Constitucional en diversas sentencias de tutela, especialmente para aquellos sujetos de especial protección como es su caso al tratarse de una mujer, madre cabeza de familia y con dos hijos menores de edad .

1. Trámite procesal

12. Mediante auto del 10 de junio de 2020, se admitió la acción de tutela y se ordenó la notificación, en calidad de demandado, a la Subsección A de Sección Segunda del Consejo de Estado y se vinculó, como tercero con interés, a la Policía Nacional.

2. Sentencia de primera instancia

13. El 8 de julio de 2020, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela. Señaló que no se cumplió con el requisito de relevancia constitucional, una vez evidenció que los argumentos de la accionante estaban encaminados a volver sobre la controversia decidida por el juez natural, lo cual constituye una tercera instancia

3. Impugnación

14. La accionante se opuso a la decisión de primer grado y manifestó que ninguno de los cargos formulados en la acción de tutela se fundamentó en vicios de procedimiento o en errores en la valoración de la prueba. Además, indicó que los argumentos presentados no se encaminaron a volver sobre la controversia decidida por el juez natural ni pretenden cuestionar la interpretación que se le dio a las normas vigentes y aplicables.

15. Por el contrario, la tutela se fundamentó en la decisión de la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, al aplicar una norma que vulnera abiertamente la Constitución, pues es un deber del juez de lo contencioso administrativo inaplicar con efectos *inter partes* los actos administrativos, conforme a lo establecido en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011.

16. Por último, agregó que, si el juez constitucional encuentra que la decisión judicial se fundamentó en normas que, siendo de menor jerarquía, van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución Política, se debe

decidir que dicha providencia en sí misma produce un quebrantamiento a la norma constitucional.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

17. Esta Sala es competente para conocer sobre la acción de tutela contra la impugnación del fallo de tutela, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991, 1069 de 2015 y 1983 de 2017, así como lo previsto en el Acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

18. De conformidad con los argumentos del escrito de tutela y de la impugnación, la Sala deberá determinar si la acción cumple con los requisitos generales de procedibilidad. Únicamente si se supera dicho estudio habrá lugar a determinar si la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado incurrió en los defectos específicos de tutela contra providencia judicial, con la decisión negar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que la parte actora pretendió la nulidad de los fallos sancionatorios mediante los cuales se declaró disciplinariamente responsable y se le impuso sanción de destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos.

d.- Procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales

19. A partir del año 2012¹, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De hecho, en la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014², se dispuso que la acción de tutela, incluso, es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado.

20. Para ello, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales (procesales o de procedibilidad) que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005, valga decir: la relevancia constitucional, el agotamiento de los medios ordinarios de defensa, la inmediatez y que no se cuestione una sentencia de tutela. Además, debe examinar si el demandante identificó y sustentó la causal específica de procedibilidad y expuso las razones que sustentan la violación o amenaza de los derechos fundamentales.

21. En consecuencia, no resultan suficientes las simples inconformidades frente a las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que el interesado debe demostrar que la providencia cuestionada vulneró o dejó en situación de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01. MP. María Elizabeth García González.

² Consejo de Estado, Sala Plena, auto de 5 de agosto de 2014, expediente 11001-03-15-000-2012-02201-01.

amenaza derechos fundamentales. Tanto es así que en la sentencia T-398-17³, la Corte Constitucional no solo reiteró la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, sino que fijó dos requisitos adicionales que deben acreditarse en aquellos eventos en los que se ataca una providencia de un órgano de cierre, así: *i)* que sea evidente el desconocimiento de la Constitución y *ii)* que sea definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional, respecto del alcance de los derechos fundamentales y al ejercer el control abstracto de constitucionalidad.

22. Siempre que se advierta que la acción de amparo superó el estudio de las causales procesales, el juez puede conceder la protección, una vez advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental absoluto, (iv) defecto orgánico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución

23. En esos términos, la acción de la referencia en tanto mecanismo excepcional debe sujetarse al cumplimiento de tales requisitos cuando se propone contra una providencia judicial, de lo contrario la acción no será procedente o deberá negarse.

24. El presente caso cumple los requisitos genéricos de procedibilidad enunciados por la jurisprudencia constitucional, por cuanto: (i) se agotaron todos los medios de defensa judicial disponibles al alcance de la persona afectada, sin que sea procedente otro recurso; (ii) se cumplió con el requisito de la inmediatez, si se tiene en cuenta que la acción fue promovida dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la sentencia atacada⁴; (iii) la parte actora identificó de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y, finalmente, (iv) no se atacó una sentencia de tutela.

25. Además, contrario a lo señalado por la primera instancia, la cuestión que se discute sí reviste una genuina relevancia constitucional, en tanto lo que se debate es la situación de la actora, quien es madre cabeza de familia y con hijos menores de edad, así como los efectos que pudo revestir en el caso concreto la aplicación de una norma que presuntamente le cercenó la posibilidad de continuar en la institución policial, aspecto que: i) tiene importantes repercusiones en el proyecto de vida de la accionante, ii) no fue debatido desde la óptica constitucional en el caso concreto, pues justamente lo que reprocha la actora es la omisión por parte del juez ordinario de inaplicar dicha norma por resultar contraria a la Carta Política y iii) se trata de un tópico que está relacionado con derechos de raigambre constitucional como el trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía reproductiva y los derechos de los niños. Además, se cumplió con la carga argumentativa que le asistía, pues se

3 El mismo criterio ha sido expuesto en las sentencias SU-050 de 2017 y SU-573 de 2017.

4 La providencia se expidió el 24 de octubre de 2019 y se notificó mediante edicto desfijado el 10 de diciembre de 2019 mientras que la tutela se presentó el 4 de junio de 2020.

alegó de manera concreta la violación a los derechos invocados y lo solicitado no corresponde a una reiteración de lo debatido en el proceso ordinario, razón por la que se revocará la sentencia de primer grado y se estudiará el fondo del asunto.

3. Excepción de inconstitucionalidad como defecto sustantivo y violación directa de la Constitución

26. La Sala procederá a analizar si la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo, pues declaró la legalidad de los actos administrativos demandados y no aplicó la excepción de inconstitucionalidad, puesto que la resolución sobre la cual se cimentó la decisión de los fallos sancionatorios era contraria a los preceptos constitucionales.

27. Sea lo primero precisar que, a juicio de la actora, en la providencia objeto de tutela se incurrió en un defecto sustantivo por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad y, de igual forma, en violación directa de la Constitución. En consecuencia, procede la Sala a exponer estos defectos.

28. Como primera medida, es importante destacar que el artículo 4º de la Constitución Política establece que cuando existen normas contrarias a la Constitución se aplicarán las medidas contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica. Lo anterior fundamenta el objeto de la figura conocida como excepción de inconstitucionalidad.

29. La jurisprudencia constitucional ha definido que *“la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente 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 un caso concreto y las normas constitucionales”*. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto *inter partes*, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraríe las disposiciones contenidas en la Constitución Política.

30. Adicional a lo expuesto, la jurisprudencia ha establecido que, si el funcionario no aplica la excepción, en los casos en que era necesario, se configura un defecto sustantivo. Este defecto se presenta cuando:

[L]a actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (a) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (b) es inconstitucional, (c) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se produce (d) un grave error en la interpretación

de la norma constitucional pertinente, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias de la Corte Constitucional con efectos erga omnes, o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución.

Se considera igualmente defecto sustantivo el hecho de que la providencia judicial tenga problemas determinantes relacionados, (e) con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales; (f) cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente; o (g) cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso⁵.

31. Adicional al defecto sustantivo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que tratándose de acciones tutela contra providencias judiciales existe otro defecto específico conocido como violación directa de la Constitución cuyo origen deviene de la interpretación legal inconstitucional o inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad, es decir, se configura cuando el funcionario judicial adopta una decisión que desconoce los principios y derechos contenidos en la Constitución Política o deja de aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre una norma inferior a las constitucionales y abiertamente contraria a las mismas.

32. Se concluye entonces que, siempre que un juez se encuentra ante una norma que contraría la Carta Política, este tiene el deber de inaplicar dicha norma bajo la figura de la excepción de inconstitucionalidad, so pena que incurra en los aludidos defectos.

4. Caso concreto

33. En este caso, desde ya se anuncia, para la Sala se vulneraron varios derechos fundamentales y, por tanto, se concederá la tutela y se revocará la sentencia de primera instancia que declaró improcedente la acción por carecer del requisito de relevancia constitucional. En su lugar, se ampararán los derechos fundamentales de la accionante, por las razones que pasarán a exponerse.

34. En primer lugar, se tiene que los requisitos previstos en la resolución n.º 01071 del 12 de abril de 2007 corresponden sin duda a una inadmisibles intromisión en la vida privada⁶ y en el libre desarrollo de la personalidad⁷ de la

⁵ Sentencia T-178 de 2012.

⁶ “ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.

⁷ “ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

señora Leidy Diana Calderón Mosquera, así como en su decisión exclusiva en torno a si es o no su voluntad tener hijos⁸.

35. Al respecto, se tiene que en este caso se desconoció no solamente la dignidad humana de la actora, que a la luz de la Constitución es inalienable, sino que se ha afectado la de los menores, respecto de los cuales se ha señalado que su procreación ha dado lugar a la configuración de una falta disciplinaria y, por supuesto, se ha transgredido a la familia como institución básica de la sociedad.

36. La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al ejercer el control de legalidad sobre los actos demandados, fundó su decisión en el literal a) del numeral 30 del artículo 34 la Ley 1015 de 2006, que establece textualmente:

ARTÍCULO 34. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

30. Respecto de documentos:

a) 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; (...).

37. Sin embargo, se advierte, la fuente que originó la sanción de destitución e inhabilidad de la accionante estuvo fundada, no en la supuesta omisión de proporcionar datos inexactos al no señalar que era madre de dos hijos, sino en un requisito a todas luces contrario a la Constitución. La accionante no habría tenido que proporcionar información sobre su estado civil o su condición de madre cabeza de familia si no existiera esa extraña exigencia que, además, en nada busca mejorar las condiciones para el desarrollo de los procesos de formación.

38. Con lo anterior, no se busca premiar a la actora por mentir sobre su real situación, pues de ninguna manera se aplaudiría omitir o brindar información falsa que cobra total relevancia para acceder a un cargo público. Sin embargo, bajo los supuestos fácticos aquí expuestos, se considera que tal exigencia deviene de una disposición contraria a la Carta y los principios constitucionales. En consecuencia, al ser un requisito inconstitucional es claro que la supuesta falta grave deviene en atípica, además de que no podría predicarse desde ningún tipo de vista la ilicitud sustancial de la conducta de la actora, pues la presunta infracción no tendría ninguna relevancia de cara a la prestación del deber funcional precisamente por ser contraria a los cánones constitucionales.

⁸ Artículo 42 de la Constitución Política.

39. Aun cuando no existe pronunciamiento *erga omnes* sobre su exequibilidad, en esta oportunidad se advierte que en el caso concreto dicha exigencia es abiertamente inconstitucional, de ahí que era deber de la autoridad judicial accionada inaplicar dicho acto administrativo por ser contrario a la Constitución y en garantía de la primacía de los derechos fundamentales de la actora.

40. Esto, lejos de servir como argumento para que se niegue la tutela, bajo una pretendida legalidad de la actuación adelantada, contribuye a corroborar la existencia de un general comportamiento inconstitucional, que impide –así sea temporal– a las personas que se quieren vincular como patrulleros - indistintamente de su género- contraer matrimonio, establecer uniones maritales de hecho y tener hijos, decisiones todas estas que corresponden únicamente a la libre determinación personal de los interesados en vincularse y de sus parejas y, de ninguna manera, a la Policía Nacional ni a sus dependencias.

41. En ese punto, se pone de presente que la Corte Constitucional mediante sentencia C-1293 de 2001 declaró inexecutable la expresión “soltero” del párrafo 1° y todo el párrafo 2° del artículo 33 del Decreto 1790 del 2000, para lo cual manifestó que el legislador estableció una diferencia de trato que consistió en permitir el ingreso a las Fuerzas Militares, como oficial o suboficial, solamente a las personas solteras, para lo cual excluyó a las casadas de esta posibilidad.

42. En ese sentido, precisó que *“no existe una relación necesaria de medio a fin entre el instrumento escogido -restringir el ingreso de personas casadas como oficiales o suboficiales- y el objetivo buscado por el legislador -garantizar un proceso educativo óptimo-; es decir, nada indica que la sola posesión del estado civil de soltero asegure per se estas mejores circunstancias para el desenvolvimiento del proceso educativo del militar, ni que en alguna forma contribuya a ello”*.

43. Asimismo, en oportunidades anteriores, en sede de tutela, la Corte se ha manifestado sobre la disconformidad con la Constitución de la exigencia de soltería para el ingreso o permanencia en las escuelas de formación militar. Así, en la Sentencia T-813 de 2000, la Corporación encontró que debía inaplicar por inconstitucional una disposición del Reglamento de la Escuela Militar de Cadetes José María Córdova, que consideraba causal de mala conducta el concebir hijos durante la permanencia como alumno en dicha Institución y el *“contraer matrimonio civil o católico o mantener unión marital de hecho”* durante el mismo lapso.

44. En ese orden de ideas, de conformidad con los artículos 4 y 86 de la Constitución, deben ser aplicados los aludidos preceptos constitucionales y se inaplicará la disposición contenida en el literal a) del numeral 30 del artículo 34 la Ley 1015 de 2006, solo por estar complementada por la resolución n.º 01071 del 12 de abril de 2007, esta última incompatible con la Carta Política.

45. Para mayor claridad sobre el asunto, conviene recordar que la acción de tutela y la excepción de inconstitucionalidad pueden intentarse de manera simultánea, como lo ha dicho la Corte en Sentencia T-614 del 15 de diciembre de 1992, en los siguientes términos:

Claro está, puede suceder que el ataque contra el derecho fundamental o la amenaza que se cierne sobre él provengan de la aplicación que se haya hecho o se pretenda hacer de una norma -legal o de otro nivel- que resulta incompatible con la preceptiva constitucional. En esa hipótesis es indudable que surge la posibilidad de ejercitar en forma simultánea la llamada excepción de inconstitucionalidad (artículo 4º C.N.) y la acción de tutela (artículo 86 Ibídem), la primera con el objeto de que se aplique la Constitución a cambio del precepto que choca con ella, y la segunda con el fin de obtener el amparo judicial del derecho.

Obsérvese, sin embargo, que la vigencia de la norma no se controvierte, ni tampoco se concluye en su inejecutabilidad o nulidad con efectos "erga omnes". Apenas ocurre que, con repercusión exclusiva en la situación particular, se ha desvirtuado la presunción de constitucionalidad; ella seguirá operando mientras no se profiera un fallo del tribunal competente que defina el punto por vía general (...)

46. Por otro lado, el derecho al trabajo no puede verse condicionado a la toma de decisiones que afectan de manera radical el futuro personal y familiar del individuo. Por ello, se muestra como inconstitucional la exigencia de ser soltero o de no tener hijos para acceder a un determinado cargo o para permanecer dentro del mismo, máxime si en el caso concreto dicha exigencia riñe de manera flagrante con los derechos a la libertad de la mujer, sus hijos menores y la de su familia, al tiempo que se inmiscuye en aspectos que son íntimos y de lo más reservado de la esfera personal del individuo, como lo son el derecho a conformar una familia o tener hijos.

47. En ese horizonte de comprensión, la Sala observa que la resolución n.º 01071 del 12 de abril de 2007 lesiona doblemente el libre desarrollo de la personalidad, pues se condiciona en los siguientes términos: “*si usted quiere ingresar al cargo de patrullero, tiene que ser soltero y no puede tener hijos mientras termina el proceso de formación*” o “*si usted desea tener pareja o procrear en este momento de su vida, debe renunciar al cargo*”, exigencias que se anteponen a cualquier ejercicio de autodeterminación en estos dos escenarios, si se quiere vincular y si ya se ha vinculado. Para la Sala, estos requisitos, como lo ha reconocido la propia Corte, limitan la potestad del individuo, esto es “*la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional*”⁹.

⁹ Ibídem.

48. Como si ello fuera poco, en esta ocasión también fue vulnerado el derecho a la igualdad de la accionante ya que, toda persona, sin discriminación, es titular de los derechos a establecer una familia, a contraer matrimonio o a no hacerlo, a iniciar cuando lo desee una unión marital de hecho y a procrear. Si cualquier ser humano puede hacerlo, sin la intervención de terceros ni imposiciones estatales, la igualdad es quebrantada cuando algunos de los miembros de la sociedad son injustificadamente excluidos de las enunciadas posibilidades.

49. Por lo expuesto anteriormente, considera esta Sala que la actuación de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado configuró una violación directa de la Constitución por la aplicación de una norma contraria a la Carta y, además, comportó un defecto sustantivo por la falta de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

50. En virtud de lo expuesto, se concluye con meridiana claridad que la prohibición de tener hijos y la exigencia de ser soltero carece de justificación constitucional y, por el contrario, resulta a todas luces contraria a los derechos y principios superiores, en tanto desconoce abiertamente los derechos de los patrulleros, sin distinción de su género, quienes no deben soportar la intromisión del Estado en aspectos propios de la esfera más íntima y personal del individuo.

51. Lo expuesto recobra mayor sentido en el caso concreto si partimos de que se trata de una mujer y madre cabeza de familia, población que ha sido reconocida como sujetos de especial protección constitucional y que goza de una estabilidad laboral reforzada, de ahí que el proceder de los jueces de instancia al omitir analizar el asunto sometido a su consideración con perspectiva de género y, por el contrario, aplicarle de manera estricta una resolución, sin emplear una interpretación que reconociera la supremacía de las normas estipuladas en la Constitución Política, desconoció los derechos fundamentales aludidos.

52. Con ello, de paso se desconoció que en anteriores oportunidades la jurisprudencia constitucional ya había precisado que ese tipo de prohibiciones son contrarias a la Carta y su aplicación configura una vulneración a los derechos fundamentales de quien solicitó la nulidad de los fallos sancionatorios¹⁰.

53. Por lo anterior, la Sala amparará los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, revocará la sentencia de primera instancia para, en su lugar, dejar sin efectos la providencia de 24 de octubre de 2019 proferida por la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado en el proceso con radicado 11001-03-25-000-2012-00255-00(0973-2012).

54. Por consiguiente, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede reemplazar al ordinario, se dispondrá que la autoridad accionada profiera una

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1293/01 del 5 de diciembre de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

nueva decisión de reemplazo, para ello, deberá observar los lineamientos de esta providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia del 8 de julio de 2020, proferida por la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado que declaró improcedente la acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar se dispone:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad, libertad para decidir sobre el estado civil, autonomía reproductiva, autodeterminación personal, estabilidad laboral reforzada, así como los derechos fundamentales de sus hijos menores, de conformidad con las razones expuestas la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEJAR sin efectos la providencia de 24 de octubre de 2019 proferida por la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado en el proceso con radicado 11001-03-25-000-2012-00255-00(0973-2012).

TERCERO: ORDENAR a la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de este fallo, profiera una nueva decisión de reemplazo en la que se observen los lineamientos de esta providencia.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Por Secretaría, **PUBLICAR** la presente providencia en la página web de la Corporación.

SEXTO: ENVIAR el expediente de tutela a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Aclara voto

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Firmado electrónicamente
RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado