

Sentencia T-392A/14

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

Tal como lo sostuvo recientemente la sentencia T-768 de 2013 lo esencial para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de un acto administrativo, es la concurrencia de tres situaciones: i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, ii) la existencia de alguna o algunas de las causales genéricas establecidas por la Corporación para hacer procedente el amparo material y, iii) el requisito sine qua non, consistente en la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental. En ese marco, corresponde al juez constitucional evaluar los presupuestos de procedibilidad en cada caso concreto, la acreditación de una causal genérica y la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES Y ACTOS ADMINISTRATIVOS

NORMA DISCIPLINARIA-Contenido y alcance

NORMA DISCIPLINARIA FRENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD-Alcance

NORMA DISCIPLINARIA-Prohibición de realizar videos pornográficos, prácticas sexuales, actos obscenos y poses vulgares

ACTIVIDAD SEXUAL Y SU RELACION CON EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA PERSONAL-Regulación

Las normas jurídicas referidas a lo sexual involucren una carga moral significativa, en el sentido de hacer inevitable que su interpretación sugiera la necesidad de acudir a las creencias y representaciones arraigadas en los ideales íntimos y personales de cada

ciudadano. Una explicación plausible de la doctrina sostiene que “es claro que la sexualidad es una parte importante de la concepción de la vida buena que cada uno tenga y, por tanto, no es de extrañar que la gente tenga posiciones fuertes acerca de qué tipo de sexualidad realza el valor de la vida humana. Sin embargo muchas de esas posiciones descansan en valores que tal vez son genuinos, pero que son inoponibles en el contexto del discurso moral a otros partícipes que no comparten las premisas de las que esos valores son inferidos.” Lo anterior implica que la interpretación de las normas jurídicas que regulan conductas sexuales, debe poder ligarse a un criterio común y mayoritariamente aceptado, que impida a toda costa que el alcance y la consecuencia de su aplicación derive de las creencias morales personales e íntimas del intérprete de turno. Dicho criterio es el valor de la autonomía, entendido en términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional como el punto de equilibrio entre las exigencias morales de algunas regulaciones jurídicas y la obligación de aplicar principios constitucionales que buscan defender la mayor cantidad posible de opciones éticas de las personas individual y colectivamente consideradas.

SEXUALIDAD-Regulación solo admite como imposición jurídica el respeto por el valor de la autonomía tanto de los protagonistas de la actividad sexual como de los terceros

PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA PERSONAL Y SU REPRESENTACION EN EL DERECHO A LA INTIMIDAD-Alcance

Los individuos no sólo pueden, sino que tienen el derecho de colocarse autorresponsablemente en situaciones que otros consideren inconvenientes o riesgosas o contrarias a cierto tipo de modelo de virtud, siempre que no comprometan los derechos de otros. En materia de la salud ha sido especialmente desarrollado este derecho, por ejemplo en la sentencia T-234 de 2007 se sostuvo que de la condición personal de la salud se desprende una valoración individual, única y respetable de la dignidad, que puede justificar la decisión de no vivir más; así como el caso contrario también forma parte de la esfera individual e inviolable de las personas, cual es el de tomar la decisión de continuar viviendo en condiciones que para la mayoría serían de suma indignidad.

DERECHO A LA INTIMIDAD-Respeto/DERECHO A LA INTIMIDAD-Concepto y alcance

DERECHO A LA INTIMIDAD SEXUAL-Respeto por el carácter íntimo de los comportamientos mediante los que se ejerce la sexualidad

REGULACIONES JURIDICAS DE LA CONDUCTA SEXUAL-Límite en el derecho a la intimidad sexual

Si las conductas sexuales se amparan en el derecho a la intimidad sexual, cuyo ámbito de protección procura la realización efectiva de acciones derivadas exclusivamente del deseo íntimo, personal e indisponible por fuera de la esfera individual, entonces el principio fundante de la dignidad trae como consecuencia práctica el reconocimiento de una conciencia de la dignidad y una expresión de la dignidad. Estos, como complementos necesarios de la interpretación jurídica de cualquier contenido normativo dirigido a regular asuntos personales de los individuos como agentes morales libres, pues no basta con tener dignidad, sino que se debe hacer consciente y se debe expresar. En otras palabras, el principio jurídico de la dignidad conlleva cargas relativas no sólo al respeto estricto por las decisiones de los individuos, sino sobre todo relativas al respeto por las consecuencias de dichas decisiones, siendo esto es lo que precisamente protege el derecho a la intimidad sexual. El Estado constitucional de derecho no sólo tiene el deber de fomentar el autorrespeto en sus asociados, sino que además ello resulta más conveniente para lograr un orden social de altos estándares. En atención a lo anterior las regulaciones jurídicas de la conducta sexual encuentran límite en el derecho a la intimidad sexual. Dichas regulaciones sólo podrán restringir entonces, conductas sexuales que atenten contra la autonomía y la intimidad de terceros, y no podrán tener como contenido la adjudicación de consecuencias jurídicas restrictivas según el gusto, la tendencia o cualquier manifestación práctica de la sexualidad, pues esto pertenece a la esfera inviolable del proyecto de vida íntima. La noción de respeto en este contexto supone que ninguna persona carece de sexualidad, que toda sexualidad tiene comportamientos consecuentes, y que todo comportamiento sexual es el resultado que realiza (que es debido) y que merece la elección particular de la visión propia que se ha adoptado sobre la sexualidad.

PROYECTO DE VIDA INTIMA EN RELACION CON LA SEXUALIDAD-Imposibilidad de renunciar

La intimidad sexual supone el respeto por las conductas que una persona encuentra necesarias para satisfacer su íntima visión de la sexualidad. Mientras que la autonomía, como también se explicó, se configura como un bien del que dispone el individuo para, entre otros, forjar una sexualidad propia. De este modo, el ejercicio de la autonomía es el

único camino que el ordenamiento jurídico acredita para construir todo tipo de sexualidad. En este orden, la visión personal de la sexualidad no puede implicar un proyecto de vida íntima sin autonomía. Pues, el despliegue de las convicciones y creencias propias, posible porque los individuos tienen autonomía, se convierte en comportamientos y conductas sexuales, que por virtud de la libertad individual que proporciona la autonomía, se presumen resultado del fin personal buscado. Una situación distinta ocurriría si no existiera autonomía o si ésta estuviera viciada o fuese falaz. En dicho caso el proyecto de vida íntima no correspondería al desarrollo real de las convicciones y creencias propias, sino a aquellos aspectos que impedirían ostentar una verdadera autonomía. De ahí que la renuncia al proyecto de vida íntima no sea posible en términos conceptuales ni prácticos, pues si éste sólo es posible a partir del ejercicio pleno de la autonomía, su estructuración corresponderá siempre a lo que cada individuo busca y desea en materia sexual. Cuando no se respeta la autonomía, y ello impide la garantía del derecho a la intimidad sexual, no se trata de una renuncia a dicha intimidad, sino de una distorsión de la garantía efectiva del principio jurídico de la autonomía, que debe ser corregida al interior del ordenamiento jurídico o político respectivo.

DERECHO A LA INTIMIDAD SEXUAL Y DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO-Caso en que cadete, en calidad de estudiante solicitó retiro de la academia militar -bajo presión-, al ser declarada disciplinariamente responsable por realizar video de contenido sexual, portando prendas de la institución

DERECHO A LA INTIMIDAD SEXUAL Y DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO-Orden a Academia Militar reintegro de la accionante, si ésta así lo desea

Referencia: Expediente T-3116948

Acción de tutela interpuesta por XX[1] contra el Director de la Escuela BCV.

Magistrado ponente:

ALBERTO ROJAS RIOS

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio dos mil catorce (2014).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados María

Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela en el asunto de la referencia, dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 13 de abril de 2011, en única instancia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Relata la accionante que le fue cancelada la matrícula y perdió el cupo de estudiante, tras solicitar el retiro de la Institución (Resolución 044 del 04 de marzo de 2011) -bajo presión de sus superiores según relata- y al ser declarada disciplinariamente responsable (Resolución 082 del 25 de abril de 2011) por la comisión de una falta gravísima contemplada en el numeral 47 del artículo 104 del Acuerdo número 050 de 2010, “por medio del cual se aprueba y adopta el reglamento estudiantil aplicable a los estudiantes de la escuela de cadetes BCV”. Precepto según el cual constituye falta gravísima disciplinaria “grabar, tomar o permitir que se graben o tomen escenas de pornografía, prácticas sexuales, actos obscenos o poses vulgares donde se utilice el uniforme o donde aparezcan las instalaciones de cualquier unidad o símbolos o insignias de la institución.”

Indica la ciudadana que el 2 de marzo de 2011 en la noche, cuando regresó al alojamiento de las cadetes femeninas del Bacad-2 de la Escuela BCV la Teniente ZZ le indicó que era requerida por sus superiores porque en su computador personal se habían hallado videos de contenido sexual. En ese momento, junto con sus superiores, inspeccionaron el contenido de su computador y comprobaron la existencia de los videos aludidos, verificando su contenido sexual, que se desarrollaba en las instalaciones y con prendas de la Escuela BCV, así como que la misma ciudadana demandante de tutela aparecía en ellos.

Sostiene en las distintas declaraciones y diligencias que se adelantaron a propósito del hecho relatado, así como en la demanda de tutela, que los hechos acontecieron de la

siguiente manera:

- En horas de la mañana del día 2 de marzo de 2011, la ciudadana demandante le prestó su computador personal a la Cadete YY quien se encontraba de centinela del alojamiento femenino de la Escuela BCB. A su turno la Cadete YY prestó el computador personal de la tutelante a otra Cadete, la señorita ZXZ.

- La Cadete ZXZ relata que como era costumbre procedió a revisar las fotos del computador, porque creía que éste era de propiedad de YY y desconocía que la dueña era la tutelante XX. En dicha tarea -continúa ZXZ-, uno de los videos en cuestión “se abrió instantáneamente”, por lo que llamó a YY para que lo viera y luego a la cadete PP con el mismo fin.

- Luego de lo anterior la Cadete YY llama a la cadete ZZ y le muestra el video aludido. La Teniente ZZ realiza un informe de lo sucedido y se lo comunica al Coronel MNB.

- Las declaraciones de las personas mencionadas incluida la demandante Cadete XX coinciden en que los hechos relatados ocurrieron de la manera descrita, así como también en el contenido de tres videos que se reseñan de la siguiente manera:

Aparece la demandante XX en las instalaciones del baño del alojamiento de las cadetes femeninas del Bacad-2 de la Escuela BCB con la pijama distintiva de las cadetes de la Escuela. Se encuentra sola en la escena. En desarrollo del video la Cadete XX se desnuda, se toca sugestivamente y se masturba con distintos elementos, mientras habla por teléfono celular.

Afirma la Cadete XX que el video lo realizó ella misma, y que lo hizo con el fin de complacer a su novio (quien estaba fuera de la ciudad), mientras hablaba con él por teléfono y con el fin de enviárselos por internet, lo que no alcanzó a realizar. Sobre los anteriores aspectos no hubo controversia en desarrollo de las diligencias y trámites que se adelantaron por las directivas de la Institución y se consolidó este mismo relato como base de la investigación y posterior sanción disciplinaria.

Con base en todo lo anterior se inició una investigación disciplinaria contra la Cadete XX por

la presunta comisión de la falta gravísima contemplada en el numeral 47 del artículo 104 del Acuerdo número 050 de 2010[2], según el cual constituye falta gravísima disciplinara “grabar, tomar o permitir que se graben o tomen escenas de pornografía, prácticas sexuales, actos obscenos o poses vulgares donde se utilice el uniforme o donde aparezcan las instalaciones de cualquier unidad o símbolos o insignias de la institución.” Las diligencias del procedimiento administrativo referido, según obra en el expediente, se adelantaron como sigue:

- El día 2 marzo de 2011, la Teniente ZZ realiza un informe de lo sucedido con destino al Coronel MNB, quien el mismo día (2 de marzo de 2011) expide oficio mediante el cual inicia investigación disciplinaria 005, y ordena tomar declaraciones de las personas implicadas en el hallazgo de los videos, así como la entrega formal del computador personal de la disciplinada entre otros.
- El mismo día 2 marzo de 2011 se le notifica personalmente a la XX la apertura de la investigación disciplinaria y se le hace entrega de su computador personal, mediante acta.
- En la misma fecha, 2 de marzo de 2011, la disciplinada XX, dirige un oficio escrito a mano al Director de la Escuela BCV, en el que solicita retiro voluntario de la Institución y lo justifica en el deseo de realizar estudios universitarios en otro ámbito, en que su situación académica no es favorable, y en que no se siente a gusto con la carrera que está desarrollando. Por lo anterior, paralelo al inicio de la investigación disciplinaria se inicia trámite de retiro y desacuartelamiento, con base en la solicitud señalada.
- El día 3 de marzo de 2011, en desarrollo del proceso disciplinario iniciado el día anterior, se realiza inspección al computador de la disciplinada, con el fin de verificar el fondo de los videos de contenido sexual. Además se practicaron diligencias de “versión libre espontánea” a la Cadete XX, a la Teniente ZZ, a la Cadete YY, a la Cadete ZXZ y a la Cadete PP.

De otro lado, respecto de la solicitud de retiro voluntario de la disciplinada, el mismo día 3 de marzo de 2011, se realiza entrevista con la Psicóloga para el retiro y la baja se expide paz y salvo de biblioteca, laboratorios y otros. El día 4 de marzo de 2011, en trámite de la solicitud de retiro voluntario se realiza entrevista con el Capellán de la Institución.

- El 4 de marzo de 2011 se expide la resolución 044 en donde se ordena la pérdida de la calidad de estudiante de la Cadete XX, con base en su solicitud de retiro voluntario.
- El 15 de marzo de 2011 se expide auto de determinación de la conducta disciplinaria.
- El 25 de marzo de 2011 la cadete XX solicita la nulidad de todo lo actuado en el proceso disciplinario, aduciendo que no se le permitió la designación de un abogado, pues alega que sus superiores manifestaron desde el inicio de la investigación la intención de realizarla con celeridad y así evitar que trascendiera el caso en la Institución. Añade que esa fue la razón de la solicitud de retiro voluntario, por lo cual la baja con base en dicha solicitud también está viciada, además de que se dio (la baja) sin que se hubiera culminado la investigación disciplinaria.
- Mediante auto del 28 de marzo de 2011 se niega la solicitud de nulidad elevada por la disciplinada, como quiera que ésta renunció voluntariamente a la designación del apoderado judicial, así como también que decidió sin apremio alguno solicitar el retiro voluntario.
- El 31 de marzo de 2011 la ciudadana tutelante interpuso recurso de apelación contra la decisión que negó la nulidad, e insistió en que fue presionada por sus superiores para solicitar retiro voluntario y para que el proceso disciplinario sucediera en el menor tiempo posible, para lo cual era más conveniente no designar un defensor jurídico. Además señaló que la conducta y así la investigación disciplinaria, derivan del ejercicio del derecho a la intimidad, por lo cual no pueden ser objeto de sanción.
- Mediante auto del 5 de abril de 2011, se negó el recurso de apelación contra la decisión que negó la nulidad, con base en las mismas consideraciones del funcionario que descartó inicialmente la anulación del proceso.
- Mediante Resolución 082 del 25 de abril de 2011, se resolvió declarar disciplinariamente responsable a la cadete XX, por haber incurrido en la falta gravísima disciplinaria del numeral 47 del artículo 104 del Reglamento Estudiantil de la Academia BCV"[3] y se le impuso la sanción de cancelación de la matrícula y pérdida de cupo.

Con base en lo expuesto, la ciudadana XX interpuso acción de tutela, y solicitó que se anulara el proceso disciplinario y se ordenara el reintegro, sobre la base de que fue presionada para solicitar retiro voluntario y para adelantar la investigación disciplinaria sin abogado, como quiera que ello implicaría mayor dilación de éste; además de que considera que la conducta que originó la sanción, se inscribe dentro del ámbito de su intimidad, por lo cual no debe ser sancionada.

2. Fundamentos de la Tutela

La ciudadana XX interpuso acción de tutela contra las autoridades de la Academia BCV quienes mediante las resoluciones 044 del 4 de marzo de 2011 y 082 del 25 de abril de 2011 le cancelaron la matrícula y declararon la pérdida de su cupo en la mencionada Institución. Solicitó en consecuencia al juez de amparo que anulara el proceso disciplinario y se ordenara el reintegro.

La tutelante explicó que fue presionada para solicitar retiro voluntario y para adelantar la investigación disciplinaria sin abogado, por cuanto sus superiores le manifestaron la inconveniencia de que el asunto fuera conocido por la comunidad de la institución militar. En dicho contexto, afirma, se sintió asustada e insegura y decidió elaborar el manuscrito solicitando el retiro voluntario del ente educativo, el mismo día en que acontecieron los hechos.

De igual manera, la manifestación consistente en que no haría uso de un apoderado judicial, se hizo en desarrollo de la diligencia de declaración libre y espontánea, pero aduce que afirmó simplemente que en ese momento del proceso (versión libre y espontánea) no creía necesitar un abogado; sin embargo -sostiene- no se le informó que ello quedaría consignado en el acta como una advertencia según la cual renunciaba a ejercer un derecho constitucional. Además entendió que lo anterior era coherente con la intención permanente de las autoridades de la Institución de tramitar con celeridad la investigación disciplinaria. Sostiene igualmente, que la conducta que originó la sanción, se inscribe dentro del ámbito de su intimidad, por lo cual no debe ser sancionada.

1. Se inicia la investigación disciplinaria con el oficio 005 del 2 de marzo de 2011. (FOLIO 15 y 82)

2. Notificación oficio 005 del 2 de marzo (FOLIO 17 y 85)
3. Oficio del 2 de marzo en el cual se entrega por parte de la accionante el computador portátil que tiene los videos objeto de litis. (FOLIO 18 y 87)
4. Orden de práctica de inspección del computador objeto de litis. (FOLIO 19 y 89)
5. Peritaje en el que se analizaron los videos. (FOLIO 20 y 92)
6. Auto de determinación de la conducta disciplinaria (15 de marzo de 2011) (FOLIO 22 y 117)
7. Notificación del auto de determinación de la conducta disciplinaria (FOLIO 26)
8. Solicitud de nulidad de lo actuado en el proceso disciplinario, 25 de marzo, en razón a que no se le permitió presentarse con abogado, e igualmente nulidad de la solicitud de retiro voluntario, pues está viciado por falta de consentimiento. (FOLIO 27 y 121)
9. Auto del 28 de Marzo de 2011 en el que se niega la solicitud de nulidad (FOLIO 28 y 124)
10. Recurso de apelación contra la decisión de nulidad (del 31 de marzo) (FOLIO 30 y 127)
11. Auto del 5 de abril de 2011 a través del cual se negó el recurso de apelación antedicho (FOLIO 32 y 132)
12. Resolución 044 del 4 de marzo de 2011, que ordena la pérdida de la calidad de estudiante de la accionante, en base a su retiro voluntario (FOLIO 35 y 69)
13. Versión libre dada por la accionante en el proceso disciplinario llevado en su contra (FOLIO 36 y 101)
14. Resolución 082 del 25 de abril de 2011, se resolvió declarar disciplinariamente responsable a la accionante (FOLIO 43 y 141)
15. Notificación de la resolución 082, que decidió la responsabilidad disciplinaria de

la accionante. (FOLIO 47)

16. Oficio del 2 de marzo de 2011 en virtud del cual la actual accionante solicita su retiro voluntario de la institución, la cual justifica por razones académicas y personales. (FOLIO 61 del cuaderno, 14 de la contestación)

17. Constancias de apoyo por retiro voluntario (FOLIO 63 al 65 del cuaderno, y 16 al 18 de la contestación)

18. Paz y salvo para el retiro voluntario. (FOLIO 66 del cuaderno, y 19 de la contestación)

19. Entrevista de psicología (FOLIO 67 del cuaderno, y 20 de la contestación)

20. Entrevista con el Capellán, para el retiro voluntario (FOLIO 71 del cuaderno, y 24 de la contestación)

21. Constancia de buen trato según la cual, el retiro de la accionante fue voluntario y sin mediar coacción por medio. (FOLIO 73 del cuaderno, y 26 de la contestación)

22. Constancia de descuartelamiento (FOLIO 74 del cuaderno, y 27 de la contestación).

4. Respuesta de la Academia BCV

Las autoridades de la Institución demandada, señalan que la disciplinada renunció voluntariamente a la designación del apoderado judicial, lo cual consta en el acta de la diligencia de versión libre espontánea firmada en debida forma por la ciudadana demandante con las ritualidades requeridas. De igual manera, afirman que la solicitud de retiro voluntario se tramitó en debida forma, y ésta no obedeció a anomalía alguna.

Agrega que todas las etapas del proceso disciplinario se surtieron satisfactoriamente, de conformidad con las normas del Reglamento Estudiantil de la Academia BCV y en estricto respeto de los principios generales del derecho disciplinario. Aclara que la baja decidida antes de la culminación del proceso disciplinario, se produjo legítimamente al cabo del proceso mediante el cual se tramitó la solicitud voluntaria de retiro; luego no hay razón para

afirmar que el retiro antes del fallo disciplinario vulneró el debido proceso de la cadete tutelante.

5. Decisión objeto de revisión

El juez de única instancia declaró la improcedencia del amparo, en tanto a su juicio, no se vislumbraba la ocurrencia de un perjuicio irremediable que autorizara al juez de tutela a desplazar la función del juez contencioso administrativo, quien debía conocer la demanda contra los actos administrativos que contienen las decisiones de retiro y la sanción respectiva.

6. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional

Mediante auto dictado por el Magistrado Humberto Sierra Porto el 3 de noviembre de 2011 se decretó la siguiente prueba:

“Ordenar que por Secretaría General se solicite al Director de la Escuela BCV, que dentro de los tres días siguientes a la notificación del presente auto, allegue a la misma Secretaría copia del expediente correspondiente al proceso disciplinario que dicha institución MILITARR adelantó contra la estudiante XX, y que culminó con la cancelación de su matrícula.” Suspende los términos mientras se allegan y estudian las pruebas..”

Con fecha 25 de noviembre de 2011 se recibió en la Secretaría de la Corte Constitucional el oficio No. 4023 MDNCG-CE-JEDOC-ESMIC-DIR- ASEJU-1.4. firmado por MMMM, Director de la Escuela BCV en relación con la prueba solicitada en el oficio mencionado.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia

2.-Planteamiento de los hechos y determinación del problema jurídico

En su condición de Cadete de la Escuela BCV, a la demandante le fue cancelada la matrícula y perdió el cupo de estudiante, tras solicitar el retiro de la Institución (Resolución 044 del 04 de marzo de 2011) -bajo presión de sus superiores según relata- y al ser declarada disciplinariamente responsable (Resolución 082 del 25 de abril de 2011) por la

comisión de una falta gravísima contemplada en el numeral 47 del artículo 104 del Acuerdo # 050 de 2010, “por medio del cual se aprueba y adopta el reglamento estudiantil aplicable a los estudiantes de la escuela de cadetes BCV”. Norma según la cual constituye falta gravísima disciplinara “grabar, tomar o permitir que se graben o tomen escenas de pornografía, prácticas sexuales, actos obscenos o poses vulgares donde se utilice uniforme o donde aparezcan las instalaciones de cualquier unidad o símbolos o insignias de la institución”

Relata la ciudadana que el 2 de marzo de 2011 en la noche, cuando regresó al alojamiento de las cadetes femeninas del Bacad-2 de la Escuela BCV, le informó la Teniente Rojas que era requerida por sus superiores porque en su computador personal se habían hallado videos de contenido sexual, en los cuales al parecer aparecía ella, así como instalaciones y prendas de la Escuela. En ese momento, junto con sus superiores, inspeccionaron el contenido de su computador y comprobaron la existencia de los videos aludidos, verificando su contenido sexual, que se desarrollaba en las instalaciones y con prendas de la Escuela militar así como que la misma ciudadana demandante de tutela aparecía en ellos.

Según relato de la tutelante, lo anterior tuvo origen en que en horas de la mañana del día 2 de marzo de 2011, le prestó su computador personal a la Cadete YY, quien a su turno se lo prestó a otra Cadete. Ésta última procedió a revisar las fotos del computador, porque creía que éste era de propiedad de YY, cuando uno de los videos en cuestión “se abrió instantáneamente”. Llamó a YY para que lo viera y luego a otra cadete (PP) con el mismo fin. Así, la Cadete YY llama a la Teniente ZZ y le muestra el video, y la Teniente realiza un informe de lo sucedido y se lo comunica al Coronel MNB.

Las declaraciones de todas las personas referidas incluida la demandante Cadete XX, coinciden en que los hechos relatados ocurrieron de la manera descrita y coinciden igualmente en el contenido de tres (3) videos que presentan a la demandante, sola en la escena, en las instalaciones del baño del alojamiento de las cadetes femeninas del Bacad-2 de la Escuela BCV, con la pijama distintiva de las cadetes de la Escuela; se desnuda, se toca sugestivamente y se masturba con distintos elementos, mientras habla por teléfono celular. La disciplinada explicó que los videos los realizó ella misma, y que lo hizo con el fin de complacer a su novio (quien estaba fuera de la ciudad), mientras hablaba con él por teléfono y con el fin de enviárselos por internet, lo que no alcanzó a realizar.

Sobre los anteriores hechos tampoco hubo controversia en desarrollo de las diligencias y trámites que se adelantaron por las directivas de la Institución, y se consolidó este mismo relato como base de la investigación y posterior sanción disciplinaria.

Con base en todo lo anterior se adelantó una investigación disciplinaria contra la Cadete XX, tal como se refirió en los hechos, la cual inició el mismo día de los hechos, el 2 marzo de 2011, con un informe de lo sucedido de la Teniente ZZ dirigido al Coronel MNB quien ese mismo día (2 de marzo de 2011) expide oficio mediante el cual inicia investigación disciplinaria 005, y ordena tomar declaraciones de las personas implicadas en el hallazgo de los videos, así como la entrega formal del computador personal de la disciplinada, entre otros. Luego, el mismo 2 marzo de 2011 se le notifica personalmente a la Cadete XX la apertura de la investigación disciplinaria y ésta entrega su computador mediante acta. También el 2 de marzo de 2011, la disciplinada dirige un oficio escrito a mano al Director de la Escuela BCV en el que solicita retiro voluntario de la Institución y lo justifica en el deseo de realizar estudios universitarios en otro ámbito, en que su situación académica no es favorable, y en que no se siente a gusto con la carrera que está desarrollando. Por lo anterior, paralelo al inicio de la investigación disciplinaria se inicia trámite de retiro y desacuartelamiento, con base en la solicitud señalada.

Al día siguiente, el 3 de marzo de 2011, en desarrollo del proceso disciplinario iniciado el día anterior, se realiza inspección al computador de la disciplinada, con el fin de verificar el contenido de los videos de contenido sexual, y se practican diligencias de “versión libre espontánea” de la Cadete XX, la Teniente ZZ, la Cadete YY, la Cadete ZXZ y la Cadete PP, por parte de la funcionaria de instrucción Subteniente LJH. Ahora bien, en relación con la solicitud de retiro voluntario de la disciplinada, se realiza entrevista con la Psicóloga para el retiro, se expide paz y salvo de biblioteca, laboratorios y otros, para la baja. Y el 4 de marzo de 2011, se realiza entrevista con el Capellán de la Institución para culminar el trámite de la solicitud de retiro voluntario, con la expedición de la resolución 044 en donde se ordena la pérdida de la calidad de estudiante, con base en la referida solicitud de retiro.

Respecto del proceso disciplinario, el 15 de marzo de 2011 se expide auto de determinación de la conducta disciplinaria, el 25 de marzo de 2011 la disciplinada solicita la nulidad de todo lo actuado en el proceso disciplinario, con base en que no se le permitió la designación de un abogado, pues alega que sus superiores manifestaron desde el inicio de la

investigación la intención de realizarla con celeridad, y así evitar que trascendiera el caso en la Institución. Agregó que esa fue la razón de la solicitud de retiro voluntario, por lo cual la baja con base en dicha solicitud también está viciada, además de que se dio (la baja) sin que se hubiera culminado la investigación disciplinaria.

Por su lado, mediante auto del 28 de marzo de 2011 se niega la solicitud de la nulidad elevada por la disciplinada, como quiera que ella renunció voluntariamente a la designación del apoderado judicial, así como también decidió sin apremio alguno solicitar el retiro voluntario. El 31 de marzo de 2011 la ciudadana tutelante interpuso recurso de apelación contra la decisión que negó la nulidad, insistió en los fundamentos de la solicitud inicial, y señaló adicionalmente que la conducta consistente en la realización de los videos aludidos, deriva del ejercicio del derecho a la intimidad, por lo cual no puede ser objeto de sanción. Y, mediante auto del 5 de abril de 2011, se negó el recurso de apelación contra la decisión que negó la nulidad, con base en las mismas consideraciones del funcionario que en principio la descartó.

Finalmente por medio de la Resolución 082 del 25 de abril de 2011, se resolvió declarar disciplinariamente responsable a la cadete XX, por haber incurrido en la falta gravísima disciplinaria del numeral 47 del artículo 104 del Reglamento Estudiantil de la Academia BCV"[4] y se le impuso la sanción de cancelación de la matrícula y pérdida de cupo.

De este modo la ciudadana XX interpuso acción de tutela, y solicitó que se anulara el proceso disciplinario y se ordenara su reintegro. Fundamentó la anterior solicitud en que fue presionada para solicitar retiro voluntario y para adelantar la investigación disciplinaria sin abogado, por cuanto sus superiores le manifestaron la inconveniencia de que el asunto fuera conocido por la comunidad de la institución. Indica que se sintió asustada e insegura y decidió elaborar el manuscrito solicitando el retiro voluntario del ente educativo, el mismo día de los hechos y explica que la manifestación consistente en que no haría uso de un apoderado judicial, se hizo en desarrollo de la diligencia de declaración libre y espontánea, pero no con la intención de que a partir de ello se dejara constancia de su renuncia a ejercer un derecho constitucional. Adujo que la conducta que originó la sanción, se inscribe dentro del ámbito de su intimidad, lo que sugiere la inexistencia de una sanción disciplinaria.

Por su lado las autoridades de la Institución, señalan que la disciplinada renunció voluntariamente a la designación del apoderado judicial, lo cual consta en el acta de la diligencia de versión libre espontánea firmada en debida forma por la ciudadana demandante con las ritualidades requeridas. Reiteran que la solicitud de retiro voluntario se tramitó en debida forma, y ésta no obedeció al despliegue de presiones sobre la cadete. Además de que, todas las etapas del proceso disciplinario se surtieron satisfactoriamente, de conformidad con las normas del Reglamento Estudiantil de la Academia BCV y en estricto respeto de los principios generales del derecho disciplinario.

A su turno el juez de tutela de única instancia declaró la improcedencia del amparo, pues no encontró la ocurrencia de un perjuicio irremediable que permitiera tramitar el asunto en sede de tutela, sin haber acudido al juez contencioso administrativo, quien debía conocer la demanda contra los actos administrativos que contienen las decisiones de retiro y la sanción respectiva.

Los hechos relatados sugieren que la manera adecuada de atender a lo relatado y solicitado en la demanda de tutela en relación con el debido proceso, consiste en indagar en el tipo de falta disciplinaria y en la norma que la describe, pues su contenido particular y concreto es el que ha traído como consecuencia, de un lado que la demandante afirme que sus superiores pretendieron un proceso y consecuente expulsión expedita, y de otro que dichos procedimientos hayan vulnerado también su derecho a la intimidad.

Esto radica en el hecho de que de otro modo carecerían de sentido las aseveraciones de la tutelante sobre las condiciones en que desarrollaron los procesos, y la discusión sólo apuntaría a demostrar lo que no se ha puesto en duda a lo largo del proceso. Esto es, que la demandante suscribió una solicitud de retiro voluntario “de su puño y letra” como lo afirman sus superiores, y que ella no ha negado; que en efecto con su firma avaló la renuncia a ser asistida por un abogado en el proceso disciplinario, cuando suscribió el acta de versión libre, lo que tampoco desmintió. Y que la exclusión se dio antes de la culminación del proceso disciplinario, porque tuvo como base la solicitud de retiro voluntario. La ocurrencia de los anteriores hechos no ha sido objeto de discusión y por el contrario se dio por demostrado por las directivas del plantel y no fue controvertido por la disciplinada; luego la alegación consiste en que las circunstancias en que ello ocurrió es lo que origina la presunta vulneración.

Por esto, para esta Sala el objeto de discusión no radica precisamente en si la ciudadana demandante solicitó o no en debida forma el retiro voluntario, o si manifestó o no en la diligencia de versión libre y espontánea que no comparecería al proceso disciplinario con abogado. Sino por el contrario, el asunto constitucional debatible consiste en determinar si cada uno de los eventos anteriores aconteció en desarrollo del proceso de su retiro, bajo alguna condición o consideración especial que hiciera nugatorio su derecho constitucional al debido proceso. Y, esto es lo que justamente afirma la ciudadana cuando llama la atención sobre el hecho de que se encontró presionada durante el proceso de exclusión de la Academia.

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si a la ciudadana XX se le han vulnerado los derechos al debido proceso y al libre desarrollo de la personalidad respecto de su intimidad, en el adelantamiento tanto del proceso de retiro voluntario como del proceso disciplinario por parte de las autoridades de la Escuela BCV, como quiera que la norma que estipula la falta disciplinaria sugiere precisión interpretativa para su aplicación a situaciones relacionadas con el ejercicio de conductas inscritas en el ámbito de la intimidad de los estudiantes de la institución aludida.

Para desatar el problema jurídico la Sala hará referencia (i) a la procedencia excepcional de la tutela frente a providencias judiciales que resulta aplicable según criterios de esta Corporación a los actos administrativos, (ii) al alcance de la norma disciplinaria aplicada en el caso y a la necesidad de interpretarla de conformidad con los principios constitucionales; (iii) se analizarán igualmente los procedimientos de retiro voluntario y disciplinario a luz de la interpretación constitucional de la norma en cuestión, para finalmente resolver el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales y decisiones definitivas de la Administración (actos administrativos)

Como quiera que el en caso concreto se ataca mediante acción de amparo la decisión de los funcionarios del Estado en ejercicio de su competencia, resulta pertinente referir la postura reiterada de la Corte Constitucional acerca de la tutela contra providencias judiciales, la cual, de manera reiterada también, se ha aplicado al estudio de la procedencia de los actos administrativos como decisiones definitivas de las autoridades públicas.[5]

Con base en lo dispuesto en el artículo 86 constitucional en cuanto a la procedencia del recurso de amparo respecto de acciones u omisiones de cualquier autoridad pública, esta Corte se encontró por primera vez ante la posibilidad de admitir la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales al estudiar la constitucionalidad de las normas que al respecto incluía el Decreto 2591 de 1991. En esa oportunidad, mediante la sentencia C-543 de 1992, este Tribunal declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que regulaban el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales. No obstante haber declarado la inconstitucionalidad de las normas mencionadas, esta Corporación precisó que existe la posibilidad excepcional de controvertir decisiones judiciales a través del recurso de amparo, cuando tales decisiones conculquen derechos de carácter iusfundamental. En ese sentido, esta Corte manifestó:

“De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia. Pero, en cambio, no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en curso, adoptando decisiones paralelas a las que cumple, en ejercicio de su función, quien lo conduce, ya que tal posibilidad está excluida de plano en los conceptos de autonomía e independencia funcionales, a los cuales ya se ha hecho referencia. De ningún modo es admisible, entonces, que quien resuelve sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un

proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte.”[6]

En consecuencia, en la sentencia T-543 de 1992 se admitió la procedencia excepcional[7] de la acción de tutela, pues los jueces y tribunales, en su condición de autoridades públicas y tratándose de operadores judiciales, pueden vulnerar derechos fundamentales en el marco de su función de impartir justicia.[8] Así, para este Tribunal es claro que los jueces no pueden estar exentos del escrutinio que impone el respeto a las garantías fundamentales, ni, en consecuencia, de la posibilidad de que sus decisiones sean infirmadas a través del recurso de amparo, cuando estas decisiones conllevan a vulneraciones de derechos fundamentales.

“La vía de hecho judicial y ha señalado que ésta existe ‘cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales de la persona’. En efecto, en tales circunstancias, el funcionario judicial antepone de manera arbitraria su propia voluntad a aquella que deriva de manera razonable del ordenamiento jurídico, por lo cual sus actuaciones, manifiestamente contrarias a la Constitución y a la Ley, no son providencias judiciales sino en apariencia. En realidad son vías de hecho, frente a las cuales procede la tutela, siempre y cuando se cumplan los otros requisitos procesales señalados por la Constitución, a saber que se esté vulnerando o amenazando un derecho fundamental, y la persona no cuente con otro medio de defensa judicial adecuado.”[9]

Con el tiempo este razonamiento y el concepto original de vía de hecho se vieron superados por una sólida y amplia jurisprudencia constitucional, vigente actualmente. Conforme a esta doctrina constitucional, el concepto de vía de hecho resulta incluido en uno más amplio, relativo a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales: unos de carácter general (requisitos formales de procedibilidad) y otros específicos (de tipo sustancial que corresponden a eventos en los que un fallo puede comportar la vulneración o amenaza de derechos constitucionales fundamentales).

Estos requisitos fueron compilados primero en la Sentencia T-462 de 2003 y posteriormente en la Sentencia C-590 de 2005.[10] Así, por ejemplo, en la sentencia C-590 de 2005 este Tribunal partió de advertir que la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales encuentra fundamento no sólo en el artículo 86 constitucional, sino también en el

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), incorporados en el orden interno por mandato del artículo 93 de la Carta Superior. Con base en esas disposiciones, el Estado colombiano se encuentra en la obligación de implementar un recurso sencillo, efectivo y breve de protección efectiva de los derechos fundamentales contra cualquier acción u omisión de las autoridades públicas que pudiera vulnerarlos.[11] Conforme a lo anterior, en la perspectiva de asegurar la realización de este derecho se hace necesario disponer de un mecanismo judicial que permita demandar la protección de los derechos de los ciudadanos cuando, en ejercicio de sus atribuciones como autoridad pública, los jueces los desconozcan, vulneren o amenacen con vulnerarlos.

Con base en estas consideraciones, esta Corporación en la mencionada sentencia C-590 de 2005 definió entonces los requisitos generales que hacen procedente la acción de tutela contra una providencia judicial, y las causales específicas para su procedibilidad una vez interpuesto el recurso de amparo, vale decir, aquellas que determinan su posible éxito como medio para invalidar providencias judiciales:

“[L]os casos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales han sido desarrollados por la doctrina de esta Corporación tanto en fallos de constitucionalidad, como en fallos de tutela. Esta línea jurisprudencial, que se reafirma por la Corte en esta oportunidad, ha sido objeto de detenidos desarrollos. En virtud de ellos, la Corporación ha entendido que la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto.”[12]

Así, de un lado, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela cuando se dirige a controvertir una providencia judicial son:

(i) La relevancia constitucional de la cuestión que se discute a la luz de los derechos fundamentales de las partes.[13] En atención a este primer requisito general de procedencia, la tarea inicial del juez de tutela consiste en “indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.”[14]

(ii) El cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, de manera que se hubieren agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial existentes para dirimir la controversia, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.[15] Con esto se pretende asegurar que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales no termine vaciando las atribuciones que la propia Constitución Política y la ley han asignado a otras jurisdicciones, con la consecuente concentración de los poderes inherentes a ellas en la jurisdicción constitucional.

(iii) La inmediatez en la interposición de la acción de tutela, vale decir, que ésta se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. Lo anterior encuentra fundamento en el texto mismo del artículo 86 constitucional, que establece la acción de tutela con el fin de asegurar la “protección inmediata” de derechos constitucionales fundamentales. Por el contrario, como ha manifestado esta Corte, permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la providencia judicial, implicaría el sacrificio de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, privando todas las decisiones judiciales de la certidumbre necesaria para ser mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.[16]

(iv) El carácter decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora, cuando se trate de alegar la existencia de una irregularidad procesal.[17]

(v) La identificación por la parte actora en sede de tutela de los hechos que dieron lugar a la presunta vulneración de derechos fundamentales y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial ordinario, siempre que esto haya sido posible.

(vi) Por último, la censura de una providencia judicial que no corresponda a una sentencia adoptada en un proceso de tutela, pues admitir el recurso de amparo contra la sentencia que puso fin a un proceso de tutela sería tanto como permitir que los debates sobre la protección de los derechos fundamentales se prolongasen de manera indefinida.[18]

De esta manera, la primera tarea que tiene el juez de tutela ante un recurso de amparo contra providencias judiciales consiste en establecer si en el caso bajo examen se cumplen los requisitos o causales de procedibilidad de carácter general que acaba de enumerar la

Sala.

Sólo cuando quede plenamente establecido el cumplimiento de los anteriores requisitos, el juez constitucional podrá conceder el amparo solicitado, en tanto encuentre probada la ocurrencia de alguno(s) de los defectos constitutivos de las denominadas causales específicas de procedibilidad de la tutela contra sentencias:

(i) Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que dicta la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.

(ii) Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

(iii) Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

(iv) Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[19] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

(v) Error inducido, cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo ha llevado a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.

(vi) Decisión sin motivación, que se configura cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos en los que se apoya su decisión.

(vii) Desconocimiento del precedente, que se manifiesta, por ejemplo, cuando un juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente el alcance de un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

(viii) Violación directa de la Constitución.[20]

En síntesis, tal como lo sostuvo recientemente la sentencia T- 768 de 2013 lo esencial para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de un acto administrativo, es la concurrencia de tres situaciones: i) el cumplimiento de los requisitos formales de

procedibilidad, ii) la existencia de alguna o algunas de las causales genéricas establecidas por la Corporación para hacer procedente el amparo material y, iii) el requisito sine que non, consistente en la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental. En ese marco, corresponde al juez constitucional evaluar los presupuestos de procedibilidad en cada caso concreto, la acreditación de una causal genérica y la necesidad de evitar un perjuicio irremediable

Ahora bien, en atención a que el problema jurídico que se planteó la Sala Octava tiene por objeto la verificación de si el contenido normativo de la norma disciplinaria aplicada a la demandante, se interpretó de conformidad con la Constitución, se considera pertinente también reconstruir sumariamente los criterios relativos a la causal específica definida como defecto sustantivo. Esto, en tanto la interpretación de la norma es lo que sugiere en este caso la ocurrencia de las vicisitudes en el adelantamiento de los procedimientos administrativos que culminaron con su expulsión del plantel educativo, y en los que asienta la alegada vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la intimidad.

5. Sobre el defecto sustantivo como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y decisiones definitivas de la Administración (actos administrativos)

Conviene recordar en primer lugar, cuál es el fundamento del reconocimiento del defecto sustantivo como una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, no obstante el necesario respeto de la autonomía de los jueces y tribunales en su labor de interpretar y aplicar las normas jurídicas. Al respecto, este Tribunal ha señalado que la “construcción dogmática del defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela, parte del reconocimiento de la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.”[21]

Al sintetizar los requisitos generales y las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, esta Corporación, en la sentencia C-590 de 2005,

describió el defecto sustantivo como “los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.”[22]

A partir de esa definición, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado una serie de subreglas que permiten determinar la existencia de un defecto sustantivo. En este sentido, son múltiples los pronunciamientos de este Tribunal en los que se han precisado circunstancias en las que se puede estar frente al denominado defecto sustantivo[23]. Al respecto, conviene recordar que la sentencia SU-448 de 2011[24] sintetizó los supuestos de configuración de un defecto material o sustantivo así:

(i) cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente[25], b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada[26], c) es inexistente[27], d) ha sido declarada contraria a la Constitución[28], e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, “no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”[29]

(ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable[30] o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”[31] o cuando en una decisión judicial “se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial”[32]

(iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes[33],

(iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva[34] o contraria a la Constitución[35].

(v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”[36]

(vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso[37]

(vii) cuando se desconoce la norma del ordenamiento jurídico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto.[38]

(viii) cuando se adopta una decisión “con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación[39] que afecte derechos fundamentales”[40];

(ix) “cuando se desconoce el precedente judicial[41] sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia[42]”[43], o

(x) “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 proceso[44]”[45].

6.-Contenido y alcance de la norma disciplinaria

La falta disciplinaria que describe la conducta en la que presuntamente incurrió la cadete hace alusión a la prohibición de los miembros de la comunidad de la Escuela BCV de realizar acciones consistentes en grabar, tomar o permitir que se graben o tomen escenas de pornografía, prácticas sexuales, actos obscenos o poses vulgares donde se utilice el uniforme o donde aparezcan las instalaciones de cualquier unidad militar o símbolos o insignias de la institución. Es posible apreciar que del contenido normativo aludido se derivan dos elementos descriptivos principales. El primero relativo a actividades referidas a hacer o permitir la realización de videos cuyo contenido sea pornográfico, de prácticas sexuales, de actos obscenos o poses vulgares; y el segundo, relacionado con el hecho de que dichos videos además de tener el contenido especificado muestren el uniforme o las instalaciones de cualquier unidad militar o símbolos o insignias de la Institución.

Este contenido implica a su vez que el propósito de la norma debe referirse a los dos elementos de su composición, luego su fin excede la simple intención de excluir de las actividades permitidas a los estudiantes de la Escuela, la realización de videos del tema referido. En efecto, no sólo se prohíbe mediante esta disposición hacer estos videos, sino

que además se restringe en su contenido la exhibición de uniformes, instalaciones y símbolos o insignias de la Institución. De ahí, que la inmediata interpretación que sugiere el alcance real de la prohibición, sea el de proteger el honor, la dignidad y el orgullo de la Academia.

Estos valores están presentes en el Acuerdo 050 de 2010, “por medio del cual se aprueba y adopta el reglamento estudiantil aplicable a los estudiantes de la escuela BCV”, desde el artículo primero que se denomina Código de Honor del Cadete, el cual contempla pautas de orden ético expresadas, entre otras, de la siguiente manera: “Al recibir mi investidura como cadete de la Escuela BCV del Ejército de Colombia, prometo solemnemente ante Dios y ante mi Patria cumplir fielmente el siguiente Código de Honor: 1) Hacer del lema de mi Escuela, Patria, Honor y Lealtad, la razón de mi vida, 2) Portar mi daga, símbolo de las insignias y armas de la República, con orgullo y dignidad, (...) 4) Ser modelo de ciudadanía, hijo ejemplar y cumplido caballero (...) 6) Usar mi uniforme con pundonor y pulcritud. (...) 8) Buscar en la disciplina del cuerpo la superación del espíritu (...)”.

Además de que en los artículos 2º y 3º denominados “Principios y Valores”[46], los cuales recogen los preceptos que rigen y orientan el actuar profesional de los hombres y mujeres que integran la institución militar, adscritos a valores que otorgan fuerza y sustento moral y ético a sus actividades. Así el artículo 2º prescribe que se debe respeto a la Constitución y la ley, en tanto corresponde “defenderlas, preservarlas, hacerlas respetar y cumplirlas estrictamente en todos sus preceptos”; se hace mención a que el “comportamiento de los estudiantes está acompañado por los valores y virtudes, tales como el honor, la prudencia y la lealtad (...)”[47]; lo cual requiere a su vez que los mencionados estudiantes cultiven “los valores universales que la sociedad y la familia han identificado y que ennoblecen al ser humano, tales como: la tolerancia, solidaridad, responsabilidad, justicia, amistad, fortaleza, generosidad, perseverancia, humildad, prudencia y agradecimiento, entre otros.”[48]

Se advierte así que la caracterización de la Escuela BCV y de las Instituciones militares en general, implica en el imaginario propio de dichas organizaciones y en el de la comunidad en general, la plena identificación con valores del tipo descrito arriba. Para la Corte es

claro que existen suficientes razones para aceptar que tanto el autoreconocimiento como la presentación de la formación, vida e institución es ante la sociedad, es sinónimo de valores con importante entidad ética, representativos de un tipo específico -no único- de ideal de virtud. El ideal de la disciplina, el pundonor, el orgullo, la dignidad y el honor, entre otros.

Esta caracterización innegable permite a esta Sala de Revisión adscribir como principal propósito de la norma disciplinaria aplicada al caso objeto de análisis, el de resguardar dicho ideal (disciplina, el pundonor, el orgullo, la dignidad y el honor). De lo cual no es posible sino concluir que los representantes de esta idea consideran contrario a la disciplina, al pundonor, al orgullo, a la dignidad y al honor militar, la exhibición de uniformes, instalaciones y símbolos o insignias de la Institución, en videos de contenido pornográfico, de prácticas sexuales, de actos obscenos o poses vulgares, especialmente, cuando éstos son realizados por los estudiantes de la Escuela

Esta interpretación significa a su vez, que la estipulación de la prohibición como falta disciplinaria en la que pueden incurrir los estudiantes, se circunscribe al ámbito de la formación en los valores explicados anteriormente, así como al mantenimiento de los mismos al interior de la Academia BCV a pesar de que el primero de los elementos de la norma (lo pornográfico, las prácticas sexuales, los actos obscenos y las poses vulgares) se refiere claramente a aspectos que están directamente relacionados con valoraciones y conductas inscritas dentro de las concepciones propias de cada persona.

En este punto radica la importante carga interpretativa de la norma disciplinaria aplicada a la ciudadana demandante, pues surgen varias necesidades hermenéuticas relacionadas con cuestionamientos a propósito de su particular contenido. En efecto, la tensión que aparece a primera vista supone indagar por el alcance de las conductas descritas en la norma en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad, así como responder a la pregunta de si el acuerdo de los estudiantes con el ideal axiológico de la institución militar implica la renuncia a las garantías del mencionado derecho a la intimidad. A continuación se responderán los anteriores planteamientos.

7. Carga interpretativa de la norma y derecho a la intimidad

1. Sobre la pornografía, las prácticas sexuales, los actos obscenos y las poses vulgares.

Como se ha afirmado varias veces, parte del contenido de la norma se refiere a la prohibición de realizar videos pornográficos, de prácticas sexuales, de actos obscenos o de poses vulgares. Sobre el significado de estas acciones[49], por ejemplo el Diccionario de la Real Academia Española consigna que el significado de pornografía alude al carácter obsceno de obras literarias o artísticas. A su turno lo obsceno lo designa como algo impúdico, torpe u ofensivo al pudor[50].

El Decreto 1524 de 2002[51], en la tarea de definir la pornografía infantil la estipula como “toda representación, por cualquier medio, de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”. De lo que se puede concluir que las autoridades colombianas han optado por una definición de carácter sexual, que denota la pornografía “como toda representación, por cualquier medio, de una persona dedicada a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de una persona con fines primordialmente sexuales.”[52] Por su lado, la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), se refiere a la pornografía como la representación degradada del sexo (Acuerdo 17 de 1997).

En punto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional valga la cita de la sentencia T-391 de 2007 donde se hizo alusión al sexo explícito indicando que corresponde a imágenes o escenas que exhiben los órganos sexuales o las expresiones orales o escritas utilizadas para nombrar los órganos sexuales. Revisaba la Corte en esa ocasión una acción de tutela instaurada por Radio Cadena Nacional S.A. en contra del Consejo de Estado. La entidad demandante alegaba que la sentencia proferida el 29 de julio de 2004 por esa Corporación al resolver la acción popular presentada por la fundación “Un Sueño por Colombia” contra el programa radial —El mañanero de la Mega- violaba los derechos fundamentales de la cadena radial, especialmente la libertad de expresión. La sentencia demandada sostenía que el programa denominado —El mañanero de la Mega, —por su contenido sexualmente explícito e indecente, surtía un impacto negativo sobre su audiencia infantil y juvenil, con lo cual desconocía el derecho al acceso a una eficiente prestación de los servicios públicos y los derechos de los usuarios.

La Corte Constitucional, al fallar la tutela contra la sentencia reseñada, adoptó una posición diferente y afirmó que la libertad de expresión en el país tenía un carácter

absoluto, que solo admitía limitaciones en casos muy precisos, establecidos de manera taxativa en tratados internacionales vinculantes para Colombia, a saber: la propaganda de guerra, la apología al odio, la apología a la violencia y al delito, la pornografía infantil y la instigación pública y directa al genocidio. La Corte reiteró que todas las demás formas de expresión humana, que no han sido objeto de un consenso internacional, quedaban amparadas por la libertad de expresión, la cual —protege tanto los mensajes socialmente convencionales, como los que son inocuos o merecedores de indiferencia, y también los que son diversos, inusuales o alternativos – lo cual incluye expresiones chocantes, impactantes, que perturban, se consideran indecentes, inapropiadas, escandalosas, inconvenientes, incómodas, excéntricas, vergonzosas o contrarias a las creencias y posturas mayoritarias.

El trabajo académico consultado complementa este significado mediante la cita a la legislación de otros países como España, en donde “una obra es pornográfica cuando resalta la ausencia de valores literarios, artísticos o de información sexual seria y responsable[53]. En Argentina, el Comité Federal de Radiodifusión —COMFER— ha dispuesto, entre otras cosas, que existe contenido pornográfico cuando se presentan escenas en las que se observan primeros planos de genitales (...) [54].

En referencia a la mentada sentencia T-391/07, se consigna que “en Estados Unidos, la Comisión del Fiscal General sobre la Pornografía de 1986[55] clasificó los materiales sexualmente explícitos de tres formas: a) los materiales que incluyen representaciones de violencia sexual explícita, (b) materiales que no contienen violencia sexual explícita pero son claramente degradantes, usualmente de la mujer, y (c) materiales que son sexualmente explícitos pero no contienen violencia ni degradación. Según la Comisión, en el primer caso existe evidencia experimental y clínica en el sentido de que el material sexualmente violento sí puede tener como efecto la generación de comportamiento agresivo contra las mujeres pero en el segundo y tercero no es tan claro que exista una relación de causalidad determinante entre la observación de estas imágenes y la comisión de delitos sexuales.”[56]

De lo descrito se sigue que en el contexto de los ordenamientos jurídicos, el rasgo común de las definiciones de lo pornográfico, lo sexual, lo obsceno y lo vulgar, si bien en estricto sentido no son sinónimos, se refiere a la exposición a terceros (por cualquier medio), directa o indirectamente, de los órganos sexuales o a las alusiones que los impliquen de manera

inequívoca, además de que se caracterizan dichas definiciones en el ámbito regulativo, por el amplio margen de subjetividad librado a la intención de quien ofrece la muestra. Esta intención debe implicar, también de manera inequívoca según se vio, la degradación, la ausencia de valores literarios, artísticos o de información, y la violencia, entre otros. Frente a esto las categorías aludidas configuran en sí mismas una razón suficiente para que el derecho regule tanto su realización como su difusión, y los grados de restricción dependerán justamente del carácter de la intención de quien oferta el material. En otras palabras, para la Corte es claro que la subjetividad de la evaluación del propósito de la representación indica que la existencia de componentes sexuales presentados a terceros, puede generar tanto la ausencia total de restricciones (como en el caso de videos sobre educación sexual), como la prohibición irrestricta incluso en el ámbito de lo privado (como en el caso de la pornografía infantil).

2. Sobre la regulación de aspectos relacionados con las actividades sexuales y su relación con el principio jurídico de la autonomía personal

Al análisis de la inclusión de las actividades a las que se refiere la norma disciplinaria, como categorías susceptibles de regulación jurídica, subyace la consideración de su relación con el valor y principio jurídico de la autonomía personal. Esta relación se deriva del hecho de que normas como la referida, involucran aspectos relativos a la sexualidad y la sexualidad se configura como uno de elementos definitorios tanto de lo privado e íntimo de las personas -luego sustraído de regulaciones externas-, como de la identidad propia de los individuos -luego producto de decisiones y convicciones íntimas-.

De ahí que, las normas jurídicas referidas a lo sexual involucren una carga moral significativa, en el sentido de hacer inevitable que su interpretación sugiera la necesidad de acudir a las creencias y representaciones arraigadas en los ideales íntimos y personales de cada ciudadano. Una explicación plausible de la doctrina sostiene que “es claro que la sexualidad es una parte importante de la concepción de la vida buena que cada uno tenga y, por tanto, no es de extrañar que la gente tenga posiciones fuertes acerca de qué tipo de sexualidad realza el valor de la vida humana. Sin embargo muchas de esas posiciones descansan en valores que tal vez son genuinos, pero que son inoponibles en el contexto del discurso moral a otros partícipes que no comparten las premisas de las que esos valores son inferidos.”[57]

Lo anterior implica que la interpretación de las normas jurídicas que regulan conductas sexuales, debe poder ligarse a un criterio común y mayoritariamente aceptado, que impida a toda costa que el alcance y la consecuencia de su aplicación derive de las creencias morales personales e íntimas del intérprete de turno. Dicho criterio es el valor de la autonomía, entendido en términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional[58] como el punto de equilibrio entre las exigencias morales de algunas regulaciones jurídicas y la obligación de aplicar principios constitucionales que buscan defender la mayor cantidad posible de opciones éticas de las personas individual y colectivamente consideradas.

En efecto en la sentencia C-639 de 2010[59], este Tribunal Constitucional recordó que “la Constitución de 1991, no sólo garantiza el respeto por las opciones y formas de vida escogidas por las personas individualmente consideradas, sino que también defiende las elecciones y alternativas que la sociedad edifica mediante el proceso democrático.”[60] Por ello, la selección de valores que la comunidad decide promocionar y defender, obedecen a la implementación de una dinámica que subyace a la definición misma de lo que significa vivir sometidos al orden constitucional (Preámbulo y art. 1º de la Constitución), pues esta dinámica pasa por “el reconocimiento de que la fuente más importante de los lineamientos adoptados como parámetro de organización jurídica, es la construcción de la moral colectiva de dicha comunidad. Es decir, la construcción del esquema axiológico que se utilizará como guía para desarrollar la vida en sociedad.”[61]

En el anterior contexto, el papel del juez constitucional como intérprete de las normas jurídicas que recogen dicha idea moral es mantener el equilibrio entre la vigencia de la Constitución y la vigencia de la moral social, originada por supuesto en los ideales de agentes morales individuales. “Aquello que la comunidad ha elegido como valor guía no puede simplemente ser desconocido, pero tampoco puede anular los valores constitucionalmente establecidos.”[62]

Por lo anterior, la regulación de aspectos relacionados con la sexualidad solo admite como imposición jurídica el respeto por el valor de la autonomía tanto de los protagonistas de la actividad sexual como de los terceros. Así el escrutinio de su realización se asienta en la verificación de si ello ha transitado y se ha instalado en espacios vedados o permitidos por la Constitución, que en estos se presenta como la idea moral más objetiva posible.

3. Sobre el alcance del principio constitucional de la autonomía personal y su representación en el derecho a la intimidad

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado el alcance del principio de autonomía, y ha sostenido que existe un sólido soporte normativo para aceptar la posibilidad de que los ciudadanos tomen las más diversas decisiones sobre su propio destino, así ello implique para el resto, inconveniencia, incomodidad o cualquier otro sentimiento negativo o crítico. Para la Corte Constitucional, lo anterior en la mayoría de las ocasiones se configura como un verdadero derecho. Este sustento deriva del pluralismo como principio constitucional (art. 1° C.N), así como del contenido normativo correspondiente a la autonomía personal (derecho de autonomía personal), cuya garantía se desprende según la jurisprudencia constitucional, del derecho al libre desarrollo de la personalidad[63] (art. 16 C.N), del derecho de autodeterminación[64] (Art. 9 C.N) y del derecho de dignidad humana[65] (art 1° C.N). De igual manera, la consagración del pluralismo como pilar fundamental de la organización de nuestra sociedad, implica la prevalencia de la autonomía[66], y así del respeto por las decisiones que dentro del orden legal tomen los individuos como seres libres.

De la vigencia del principio de organización pluralista y del derecho a la autonomía personal, se derivan pues importantes principios que delimitan el ámbito de libertad de los individuos. Se ha afirmado entonces, que la competencia de las autoridades no tiene prima facie, el alcance de regular aquellas conductas de las personas, que no interfieran con el goce pleno de los derechos de otras personas.[67] Ello querría decir igualmente que el ámbito de regulación estatal permitido, según las cláusulas constitucionales citadas, involucra de manera general la relación de los individuos con otros individuos, y no la relación del individuo consigo mismo[68]. Si bien hay algunas excepciones toleradas por el orden constitucional[69], lo anterior implica que los estados constitucionales de derecho garantizan la existencia y protección de una esfera íntima y personal de los ciudadanos que se sustrae a la adjudicación de consecuencias jurídicas y sólo tiene como parámetro de evaluación la potencialidad para afectar derechos de otros y las creencias y convicciones propias de cada individuo.

En este orden, se puede afirmar que los individuos no sólo pueden, sino que tienen el derecho de colocarse autorresponsablemente en situaciones que otros consideren

inconvenientes o riesgosas o contrarias a cierto tipo de modelo de virtud, siempre que no comprometan los derechos de otros[70]. En materia de la salud ha sido especialmente desarrollado este derecho, por ejemplo en la sentencia T-234 de 2007[71] se sostuvo que de la condición personal de la salud se desprende una valoración individual, única y respetable de la dignidad, que puede justificar la decisión de no vivir más; así como el caso contrario también forma parte de la esfera individual e inviolable de las personas, cual es el de tomar la decisión de continuar viviendo en condiciones que para la mayoría serían de suma indignidad.[72]

En sentencia C-930 de 2008, se sistematizó el desarrollo del principio de autonomía y se presentaron premisas conclusivas al respecto. Se sostuvo pues que el principio de autonomía deriva del carácter pluralista de nuestro orden constitucional (art. 1° C.N), así como del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.N), del derecho de autodeterminación (Art. 9 C.N) y del derecho de dignidad humana (art 1° C.N); y se erige como la garantía de que los ciudadanos puedan tomar decisiones, que no afecten derechos de terceros, a partir del reconocimiento de su capacidad de reflexión sobre sus propias preferencias, deseos, valores, ideales y aspiraciones.

De igual manera, la capacidad de reflexión referida debe ser real, y por ello se requiere un profundo respeto por el principio de libertad. En este sentido, el principio de autonomía adquiere una doble dimensión como valor: a) el valor de llevar una vida de acuerdo a nuestras propias decisiones y b) el valor de decidir sin limitaciones externas de otros.”[73]

Un tópico ejemplar de esto, es la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el alcance del valor de la autonomía personal, en la relación de los pacientes con los médicos y las instituciones prestadoras del servicio de salud, que ha sostenido la idea según la cual la evaluación de las consecuencias de las acciones cambia cuando éstas se han derivado de “nuestra propia elección”; y ello resulta de vital importancia, porque sin esta posibilidad no se cumplen las expectativas propias y de otros respecto de nuestra propia competencia para manejar nuestras vidas.[74]

El valor de la autonomía puede ser procurado por el Estado, mediante el privilegio de otros valores directamente relacionados con él. Puede por ejemplo, establecer medidas coercitivas, que en principio interfieren en la libertad de elección de las personas, pero que corresponden a la promoción de principios preestablecidos a partir del principio mayoritario,

sin cuya garantía no sería posible ejercer el derecho de autonomía (por ejemplo, la vida y la salud). Con todo, este tipo de medidas requieren una adecuación constitucional estricta, con el fin de evitar que por dicha vía se pretendan imponer modelos o planes de vida o concepciones del bien.

De este modo, se puede afirmar que el derecho a la intimidad se define principalmente a partir del deber correlativo del Estado de respetar aquellas decisiones de los individuos que tengan como sustento su condición de seres libres y autónomos, siempre que estas decisiones no deriven en acciones que comprometan el goce de los derechos de otras personas, tal como se formula el alcance general del principio de autonomía.

Esto es, la autonomía personal tiene como condición la aceptación del principio de dignidad humana, en el sentido que el reconocimiento de todos los ciudadanos como seres dignos, implica a su vez el otorgamiento y la garantía de autonomía, y ello supone a su vez la garantía de que estos ciudadanos pueden o no desplegar ciertas actitudes o desarrollar o no ciertas posiciones personales. Ello depende justamente de su autonomía.

Sin embargo, el derecho a la intimidad excluye toda actitud pasiva frente a la comprensión y el ejercicio de la dignidad. Esto es, el reconocimiento de seres con autonomía significa reconocer seres con intimidad, y esto sugiere la aceptación de que las creencias y convicciones individuales generan comportamientos cuyo fundamento es el respeto por aquello en que se cree o sobre lo que se tiene cierta convicción. Así, el derecho a la intimidad compromete de manera determinante la noción de respeto. El respeto es para el derecho a la intimidad la justificación de por qué los individuos realizan las conductas que consideran sus convicciones merecen. El respeto es pues “una respuesta que es debida”[75], algo que la convicción y creencia personal “exige u ordena”[76]. Exigir garantía del derecho a la intimidad denota exigir respeto por la manifestación práctica de las propias creencias. Si bien, la autonomía ubica al principio de dignidad como un bien disponible en cabeza de las personas, la intimidad hace realizable los comportamientos que dignifican a estas personas, pues por respeto el resultado de estas conductas es indisponible para terceros, es decir es íntimo. Sin respeto el derecho a la intimidad no es practicable como la garantía de poder hacer cosas.

4. Sobre el derecho a la intimidad sexual

De conformidad con lo anterior, y en punto de ligar las anteriores reflexiones al derecho a la intimidad sexual (como componente del principio constitucional de autonomía que es expresión del principio constitucional de dignidad), reitera esta Sala de Revisión que dicho derecho supone de entrada su interpretación a partir del valor de la autonomía. Por ello el punto de partida se configura en que el derecho a la intimidad sexual excluye la “imposición perfeccionista de comportamientos sexuales exigidos por una concepción del bien diferente a la que el sujeto ha elegido libremente.”[77] En términos de la jurisprudencia de esta Corporación, la conducta sexual de los ciudadanos, se presume derivada de decisiones, que en tanto no afecten derechos de terceros, son reconocidas como producto de su capacidad de reflexión sobre sus propias preferencias, deseos, valores, ideales y aspiraciones.

Así, como se ha dicho, esta capacidad de reflexión debe ser real, y por ello se requiere un profundo respeto por el carácter íntimo de los comportamientos mediante los que se ejerce la sexualidad. Los actos concretos que representan la sexualidad de una persona, significan para sí misma y para los demás, el valor de llevar una vida de acuerdo a las propias decisiones, garantizado por el respeto que fundamenta dichas decisiones sin limitaciones externas de otros.

El derecho a la intimidad sexual está soportado en la idea según la cual la evaluación de las consecuencias de las conductas sexuales cambia cuando éstas se han derivado de la propia elección; y ello, como se dijo, resulta de vital importancia, porque sin esta posibilidad no se cumplen las expectativas propias y de otros respecto de la propia competencia para manejar nuestras vidas, nuestra sexualidad y nuestra identidad. Entonces, esta idea posibilita también no sólo el respeto del que gozan las decisiones en materia de la propia sexualidad frente a los demás, sino el desarrollo del autorespeto.

En efecto, si las conductas sexuales se amparan en el derecho a la intimidad sexual, cuyo ámbito de protección procura la realización efectiva de acciones derivadas exclusivamente del deseo íntimo, personal e indisponible por fuera de la esfera individual, entonces el principio fundante de la dignidad trae como consecuencia práctica el reconocimiento de una conciencia de la dignidad y una expresión de la dignidad[78]. Éstos, como complementos necesarios de la interpretación jurídica de cualquier contenido normativo dirigido a regular asuntos personales de los individuos como agentes morales libres, pues no basta con tener dignidad, sino que se debe hacer consciente y se debe expresar.

En otras palabras, el principio jurídico de la dignidad conlleva cargas relativas no sólo al respeto estricto por las decisiones de los individuos, sino sobre todo relativas al respeto por las consecuencias de dichas decisiones, siendo esto es lo que precisamente protege el derecho a la intimidad sexual. El Estado constitucional de derecho no sólo tiene el deber de fomentar el autorespeto en sus asociados, sino que además ello resulta más conveniente para lograr un orden social de altos estándares.

En atención a lo anterior las regulaciones jurídicas de la conducta sexual encuentran límite en el derecho a la intimidad sexual. Dichas regulaciones sólo podrán restringir entonces, conductas sexuales que atenten contra la autonomía y la intimidad de terceros, y no podrán tener como contenido la adjudicación de consecuencias jurídicas restrictivas según el gusto, la tendencia o cualquier manifestación práctica de la sexualidad, pues esto pertenece a la esfera inviolable del proyecto de vida íntima. La noción de respeto en este contexto supone que ninguna persona carece de sexualidad, que toda sexualidad tiene comportamientos consecuentes, y que todo comportamiento sexual es el resultado que realiza (que es debido) y que merece la elección particular de la visión propia que se ha adoptado sobre la sexualidad.

- En la jurisprudencia constitucional se han desarrollado los criterios que se acaban de exponer. En relación con la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha realzado principalmente el segundo elemento del derecho a la intimidad sexual, esto es la imposibilidad de detentar consecuencias jurídicas restrictivas originadas en el gusto, tendencia u orientación sexual. Entre otras, en la sentencia T-062 de 2011 se sostuvo que “la protección de la identidad sexual, entendida como la comprensión que tiene el individuo sobre su propio género, como de la opción sexual, esto es, la decisión acerca de la inclinación erótica hacia determinado género, es un asunto tratado a profundidad por la jurisprudencia constitucional. (...) En primer término, la protección de la identidad y la opción sexual es corolario del principio de dignidad humana. En efecto, es difícil encontrar un aspecto más estrechamente relacionado con la definición ontológica de la persona que el género y la inclinación sexual. Por ende, toda interferencia o direccionamiento en ese sentido es un grave atentado a su integridad y dignidad, pues se le estaría privando de la competencia para definir asuntos que a él solo conciernen. Este ámbito de protección se encuentra reforzado para el caso de las identidades sexuales minoritarias, esto es, las diferentes a la heterosexual. Ello en

razón de (i) la discriminación histórica de las que han sido objeto; y (ii) la comprobada y nociva tendencia a equiparar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproche y, en consecuencia, la represión y direccionamiento hacia la heterosexualidad.”[79]

La Corte ha sostenido pues que la opción sexual hace parte del ámbito protegido de los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Además de que de conformidad con los lineamientos planteados en la presente sentencia, la orientación sexual se ha inscrito también dentro de la idea de intimidad sexual pues “la definición acerca de dicha opción es una decisión libre, autónoma e incuestionable de la persona, por lo que todo comportamiento, de los particulares o del Estado, que (i) censure o restrinja una opción sexual, generalmente en aras de privilegiar la tendencia mayoritaria heterosexual; o (ii) imponga sanciones o, de manera amplia, consecuencias fácticas o jurídicas negativas para el individuo, fundadas exclusivamente en su opción sexual, es una acción contraria a los postulados constitucionales.”[80]

De igual manera, la Corte hizo una importante reflexión en relación con el derecho de la intimidad sexual en cuanto a la orientación sexual, sostuvo pues “que si bien por razones históricas, culturales y sociológicas la Constitución Política de 1991 no hace alusión expresa a los derechos de los homosexuales, ello no significa que éstos puedan ser desconocidos dado que, dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan “coexistir las más diversas formas de vida humana.”[81] De lo cual se concluyó, precisamente, que “debe entenderse que la sexualidad, es un ámbito fundamental de la vida humana que compromete no sólo la esfera más íntima y personal de los individuos (CP art. 15) sino que pertenece al campo de su libertad fundamental y de su libre desarrollo de la personalidad (Art. 16), motivo por el cual el Estado y los particulares no pueden intervenir en dicha esfera, a menos de que esté de por medio un interés público pertinente.”[82]

En otro sentido, también la Corte se ha referido al derecho a la intimidad sexual, cuando ha verificado condiciones que la misma jurisprudencia denomina de indignidad en los centros carcelarios. Por ejemplo el Auto 41 de 2011, mediante el cual se resolvió una solicitud de iniciar un incidente de desacato ante la renuencia de las autoridades carcelarias de corregir fallas estructurales del sistema carcelario, se llamó la atención sobre la verificación “de

prácticas que afectan los derechos de las personas que visitan a quienes están privados de su libertad, afectando así, indirectamente, el derecho a la intimidad y la dignidad de éstas últimas personas también. Así por ejemplo, el derecho a la intimidad y a la libertad sexual, al tener que ser sometida la persona a requisas intrusivas.[83] Concretamente, la Corte ha reiterado que <se desconocen los derechos a la dignidad humana y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, al obligar a los reclusos o a las personas que los visitan a requisas degradantes, tales como desnudarlas, obligarlas a agacharse o hacer flexiones de piernas y mostrar sus partes íntimas a la guardia, así como tactos genitales o vaginales. No es razonable que las autoridades ordenen intervenciones corporales masivas e indeterminadas, a fin de confirmar sospechas o amedrentar a posibles implicados, así fuere con el propósito de mantener el orden y la seguridad, cualquiera fuere el lugar. Tampoco es razonable constitucionalmente que se impida el ingreso de una mujer a la Cárcel por el hecho de estar en el período de menstruación”[84]

El llamado de atención referido indica que no existen razones suficientes ni necesarias para levantar el celo con el que se protegen todos los aspectos de la sexualidad de las personas. En efecto, la intimidad sexual comprende la reserva del propio cuerpo ante cualquier situación, y denota la indisponibilidad total a cualquier tercero, incluidas las autoridades. Para la Corte las consideraciones externas sobre una política de seguridad, la de los centros carcelarios, no invierte ni pervierte de necesidad íntima de conservar el autorespeto, y ello indica que incluso en el contexto del estado de cosas inconstitucional de los centros penitenciarios se mantiene la prevalencia de los valores que consideramos positivos y deseables a nivel personal y sólo ello fundamenta las acciones y conductas que se consideran adecuadas para cada individuo. El compromiso para actuar en cualquier aspecto relacionado con la sexualidad no deriva de necesidades administrativas sino de ciertos valores respecto de los cuales nos sentimos comprometidos en nuestro actuar.

Se reitera entonces, que para la Corte Constitucional el derecho a la intimidad sexual encuentra posibilidades regulativas únicamente cuando la intención normativa es resguardar la autonomía sexual de terceros, a la vez que, en virtud de dicho derecho se ha descartado también la idea de regímenes jurídicos cuyo objeto de regulación sea la manifestación práctica de la sexualidad, como resultado de tendencias u opciones de carácter sexual. Este último aspecto configura por el contrario el proyecto de vida íntima, el cual se sustenta en el hecho de que las visiones y creencias sexuales personales merecen

por parte del individuo libre la realización de los actos que correspondan a dicha creencia. Es lo que ha dispuesto esta Corporación cuando señala que “en virtud del derecho a la intimidad las personas pueden exigir que la esfera de lo íntimo esté libre de interferencias arbitrarias externas o, lo que es lo mismo, “poder actuar libremente en la mencionada esfera”. Así mismo, este derecho contiene la facultad de exigir que, salvo que medie la voluntad del titular, lo íntimo no sea divulgado o publicado y así “sustraerse de cualquier tipo de opinión pública al respecto”.(T- 841 de 2011).

5. Sobre la imposibilidad de renunciar al proyecto de vida íntima en relación con la sexualidad

Ahora bien, como quiera que el caso que ocupa a la Sala Octava de Revisión indica que la norma que involucra regulaciones relacionadas con conductas sexuales, se encuentra en un reglamento estudiantil, que como se vio, se inscribe en un cierto modelo de virtud -el del honor, orgullo y pundonor militar resulta pertinente cuestionarse ante esta situación si quien pertenezca a instituciones que pregonen dicho modelo, ha renunciado al carácter indisponible de sus decisiones en ejercicio de su derecho de intimidad sexual. La respuesta a este interrogante es negativa por las siguientes razones.

La intimidad sexual, como se explicó, supone el respeto por las conductas que una persona encuentra necesarias para satisfacer su íntima visión de la sexualidad. Mientras que la autonomía, como también se explicó, se configura como un bien del que dispone el individuo para, entre otros, forjar una sexualidad propia. De este modo, el ejercicio de la autonomía es el único camino que el ordenamiento jurídico acredita para construir todo tipo de sexualidad. En este orden, la visión personal de la sexualidad no puede implicar un proyecto de vida íntima sin autonomía. Pues, el despliegue de las convicciones y creencias propias, posible porque los individuos tienen autonomía, se convierte en comportamientos y conductas sexuales, que por virtud de la libertad individual que proporciona la autonomía, se presumen resultado del fin personal buscado.

Una situación distinta ocurriría si no existiera autonomía o si ésta estuviera viciada o fuese falaz. En dicho caso el proyecto de vida íntima no correspondería al desarrollo real de las convicciones y creencias propias, sino a aquellos aspectos que impidieran ostentar una verdadera autonomía.

De ahí que la renuncia al proyecto de vida íntima no sea posible en términos conceptuales ni prácticos, pues si éste sólo es posible a partir del ejercicio pleno de la autonomía, su estructuración corresponderá siempre a lo que cada individuo busca y desea en materia sexual. Cuando no se respeta la autonomía, y ello impide la garantía del derecho a la intimidad sexual, no se trata de una renuncia a dicha intimidad, sino de una distorsión de la garantía efectiva del principio jurídico de la autonomía, que debe ser corregida al interior del ordenamiento jurídico o político respectivo.

Sobre la anterior explicación, la Corte encuentra pertinente hacer alusión a algunos ejemplos, antes de analizar el caso particular de la norma y los miembros de la Academia MILITAR. En primer término, en el contexto de uno de los casos relatados en el acápite anterior, relativo a la prohibición de discriminación basada en la opción sexual. Si por ejemplo una persona es objeto de discriminación por razón de su orientación sexual en el ámbito laboral, y por ello decide voluntariamente ocultar dicha orientación hacia futuro, no significa que haya renunciado voluntariamente a su plan de vida íntima y a las garantías del derecho a la intimidad sexual. Significa que el entorno y con seguridad el régimen normativo no le permiten ejercer de manera adecuada su derecho de autonomía, este, lo ha decidido con base en presiones externas y no en ejercicio de su autonomía. Lo mismo sucede en el contexto descrito, si una persona en ejercicio pleno de su autonomía y sin apremio externo, decide no hacer pública su orientación sexual, tampoco en esta hipótesis se ha renunciado al proyecto de vida íntima, por el contrario, todo comportamiento relacionado con la convicción de no compartir la opción sexual, forma parte del proyecto de vida íntima.

En el caso particular de los estudiantes de la Escuela BCV demandada, quienes han aceptado voluntariamente el modelo de virtud de la institución militar descrito en el acápite pertinente, al someterse por demás a su reglamento estudiantil y comprometerse con su cumplimiento, la respuesta consistente en la imposibilidad de renunciar al derecho a la intimidad sexual no puede ser distinta. En primer lugar, si bien el reglamento aludido dispone un claro modelo de virtud con características y tendencias bien marcadas, sobre lo que significa el honor, la disciplina, el virtuosismo ciudadano, la institución misma y sus insignias, uniformes y demás, no dispone que los estudiantes renuncien al proyecto de vida íntima; además de que no podría disponerlo so pena de ser contrario a la Constitución y estar basado de manera sospechosa en presiones indebidas al respecto.

En segundo lugar, como se dijo en el acápite referido al alcance del contenido normativo de la norma disciplinaria aplicada a la demandante, la interpretación constitucional de la norma en cuestión está circunscrita a proteger el honor de la Institución mediante la prohibición de que sus insignias, instalaciones y uniformes se exhiban en videos cuyo contenido corresponde a prácticas sexuales. Por supuesto la norma no pretende -y no podría hacerlo- prohibir a los estudiantes pensar, hacer, hablar o renunciar a las prácticas sexuales, pues a diferencia de otras organizaciones de carácter privado y reservado a las que se afilian en ejercicio de su autonomía algunas personas que sí renuncian a las prácticas sexuales, las Instituciones militares en general y ésta en particular, que ostentan funciones constitucionales, no tienen por propósito el celibato ni la canalización de la sexualidad, ni nada similar. Razón por la cual, justamente, pueden prohibir legítimamente que sus uniformes, insignias e instalaciones se exhiban en videos de contenido sexual, porque -se insiste- su modelo de virtud y su función constitucional se refiere a cuestiones distintas a la sexualidad. Razón que también fundamenta la imposibilidad de que la norma pueda interpretarse como dirigida a regular algún aspecto de la sexualidad, distinto de resguardar el honor institucional.

En este orden, para la Sala es claro que el hecho de que la demandante haya suscrito el reglamento estudiantil y se haya apegado con convicción al ideal de virtud desplegado por la Institución militar, no es razón suficiente para afirmar que ha renunciado a su derecho a la intimidad sexual. Además de que ni el reglamento en su totalidad ni la norma que contempla la falta disciplinaria en particular, sugieren algún compromiso que involucre ceder, compartir o manejar de manera especial alguna el proyecto de vida íntima.

6. Conclusiones sobre los criterios jurisprudenciales desarrollados

Antes de entrar al análisis del caso concreto, la Corte Constitucional presentará las premisas principales en que se recogen las conclusiones relevantes de los criterios desarrollados en los acápites anteriores.

6.1. Conclusiones Generales

- En el ámbito de lo jurídico, el rasgo común de las definiciones de lo pornográfico, lo sexual, lo obsceno y lo vulgar, tiene dos referentes. El primero relativo a la acción de exponer a terceros (por cualquier medio), directa o indirectamente, los órganos sexuales o a

las alusiones que los impliquen de manera inequívoca. Y el segundo referido al amplio margen de subjetividad librado a la intención de quien ofrece la muestra, en tanto ésta debe implicar también de manera inequívoca, la degradación, la ausencia de valores literarios, artísticos o de información o la violencia.

En este contexto las prácticas sexuales configuran en sí mismas una razón suficiente para que el derecho regule tanto su realización como su difusión, y los grados de restricción dependerán justamente del carácter de la intención de quien oferta el material. Este carácter gradual y el componente subjetivo indican que la existencia de componentes sexuales presentados a terceros, puede generar tanto la ausencia total de restricciones (como en el caso de videos sobre educación sexual), como la prohibición total incluso en el ámbito de lo privado (como en el caso de la pornografía infantil).

- La estipulación de prohibiciones normativas relativas a aspectos que describen actividades sexuales, como quiera que se refieren a aspectos que están directamente relacionados con valoraciones y conductas inscritas dentro de las concepciones propias de cada persona, implican cargas interpretativas más profundas. Pues, suponen desatar la tensión entre la restricción de dichas conductas y los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad y la intimidad.

- Las cargas morales de las regulaciones referidas a prácticas sexuales, deben asumirse en el análisis jurídico mediante el reconocimiento de la sexualidad como una “parte importante de la concepción de la vida buena que cada uno tenga y, por tanto, no es de extrañar que la gente tenga posiciones fuertes acerca de qué tipo de sexualidad realza el valor de la vida humana. Sin embargo muchas de esas posiciones descansan en valores que tal vez son genuinos, pero que son inoponibles en el contexto del discurso moral a otros partícipes que no comparten las premisas de las que esos valores son inferidos.”[85]

Esto implica que la interpretación de las normas jurídicas que regulan conductas sexuales, debe poder ligarse a un criterio común y mayoritariamente aceptado, que impida a toda costa que el alcance y la consecuencia de su aplicación derive de las creencias morales personales e íntimas del intérprete de turno. Dicho criterio es el valor de la autonomía, como el punto de equilibrio entre las exigencias morales de algunas regulaciones jurídicas y

la obligación de aplicar principios constitucionales que buscan defender la mayor cantidad posible de opciones éticas de las personas individual y colectivamente consideradas.

- El derecho a la intimidad se define principalmente a partir del deber correlativo del Estado de respetar aquellas decisiones de los individuos que tengan como sustento su condición de seres libres y autónomos, siempre que estas decisiones no deriven en acciones que comprometan el goce de los derechos de otras personas.

El reconocimiento de seres con autonomía significa reconocer seres con intimidad, y esto sugiere la aceptación de que las creencias y convicciones individuales generan comportamientos cuyo fundamento es el respeto por aquello en que se cree o sobre lo que se tiene cierta convicción. Así, el derecho a la intimidad compromete de manera determinante la noción de respeto. Y el respeto es para el derecho a la intimidad la justificación de por qué los individuos realizan las conductas que consideran sus convicciones merecen. El respeto es pues “una respuesta que es debida”[86], algo que la convicción y creencia personal “exige u ordena”[87]. Exigir garantía del derecho a la intimidad denota entonces, exigir respeto por la manifestación práctica de las propias creencias.

Si bien la dignidad ubica al principio de autonomía como un bien disponible en cabeza de las personas, la intimidad hace realizable los comportamientos que dignifican a estas personas, pues por respeto el resultado de estas conductas es indisponible para terceros, es decir es íntimo. Sin respeto el derecho a la intimidad no es practicable como la garantía de poder hacer cosas.

- La conducta sexual de los ciudadanos, se presume derivada de decisiones, que en tanto no afecten derechos de terceros son reconocidas como producto de su capacidad de reflexión sobre sus propias preferencias, deseos, valores, ideales y aspiraciones. Por ello la intimidad sexual excluye la “imposición perfeccionista de comportamientos sexuales exigidos por una concepción del bien diferente a la que el sujeto ha elegido libremente.”[88]

De ahí que el derecho a la intimidad sexual esté soportado en la idea según la cual la evaluación de las consecuencias de las conductas sexuales cambia cuando éstas se han derivado de la propia elección; y ello resulta de vital importancia, porque sin esta

posibilidad no se cumplen las expectativas propias y de otros respecto de la propia competencia para manejar nuestras vidas, nuestra identidad y nuestra sexualidad.

Esta idea posibilita no sólo el respeto del que gozan las decisiones en materia de la propia sexualidad frente a los demás, sino el desarrollo del autorespeto.

- Las regulaciones jurídicas de la conducta sexual encuentran límite en el derecho a la intimidad sexual. Dichas regulaciones sólo podrán restringir entonces, conductas sexuales que atenten contra la autonomía y la intimidad de terceros, y no podrán tener como contenido la adjudicación de consecuencias jurídicas restrictivas según el gusto, la tendencia o cualquier manifestación práctica de la sexualidad, pues esto pertenece a la esfera inviolable del proyecto de vida íntima.

Las nociones de respeto y autorespeto en este contexto suponen que ninguna persona carece de sexualidad, que toda sexualidad tiene comportamientos consecuentes, y que todo comportamiento sexual es el resultado que realiza (que es debido) y que merece la elección particular de la visión propia que se ha adoptado sobre la sexualidad.

- La intimidad sexual no sólo es indisponible para terceros, sino que además es irrenunciable. Esto se explica por qué la intimidad sexual supone el respeto por las conductas que una persona encuentra necesarias para satisfacer su íntima visión de la sexualidad. La autonomía, configura en este aspecto un bien del que dispone el individuo para, entre otros, forjar una sexualidad propia. De este modo, el ejercicio de la autonomía es el único camino que el ordenamiento jurídico acredita para construir todo tipo de sexualidad. Entonces, la visión personal de la sexualidad no puede implicar un proyecto de vida íntima sin autonomía.

En consecuencia, la renuncia al proyecto de vida íntima posible, ni en términos conceptuales ni prácticos. Pues si el proyecto de vida íntima sólo es posible a partir del ejercicio pleno de la autonomía, su estructuración corresponderá siempre a lo que cada individuo busca y desea en materia sexual. Cuando no se respeta la autonomía, y ello impide la garantía del derecho a la intimidad sexual, no se trata de una renuncia a dicha intimidad, sino se trata de una distorsión en la garantía efectiva del principio jurídico de la autonomía, que debe ser corregida al interior del ordenamiento jurídico o político respectivo.

Ello resulta así, incluso para instituciones jurídicas cuyos fines primordiales se orienten a la consecución de modelos determinados de virtud o comportamiento en el ámbito sexual. Ejemplo representativo de lo anterior, es el reparo constitucional (C-285/97) a la disminución punitiva frente al acceso carnal violento cuando es entre cónyuges, pues la jurisprudencia ha sostenido que la libertad sexual (intimidad sexual) es el bien jurídico protegido en el mencionado delito, el cual no pueden entenderse disminuido o cedido por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple consentimiento sexual anterior.

6.2. Conclusiones particulares acerca del caso bajo revisión

- La interpretación constitucional de la norma disciplinaria aplicada a la demandante, está circunscrita a proteger el honor de la Institución mediante la prohibición de que sus insignias, instalaciones y uniformes se exhiban en videos cuyo contenido son prácticas sexuales. Esta norma no tiene el alcance -y no podría tenerlo- de prohibir a los estudiantes pensar, hacer, hablar o renunciar a las prácticas sexuales.
- El hecho de que la demandante haya suscrito el reglamento estudiantil y se haya apegado con convicción al ideal de virtud desplegado por la Institución MILITAR, no es razón suficiente para afirmar que ha renunciado a su derecho a la intimidad sexual. Ni el reglamento en su totalidad ni la norma que contempla la falta disciplinaria en particular, sugieren algún compromiso que involucre ceder, compartir o manejar de manera especial alguna el proyecto de vida íntima.
- La carga moral e interpretativa de la norma permite concluir que la configuración de esta falta implica demostrar que la exhibición de uniformes, instalaciones y símbolos o insignias de la Institución, en videos de contenido pornográfico, de prácticas sexuales, de actos obscenos o poses vulgares es contraria al pundonor, al orgullo, a la dignidad y al honor militares. La práctica sexual en sí misma, que se presume personal e íntima, no está prohibida por la norma y no puede estarlo so pena de ser inconstitucional la prescripción que así lo disponga.

Con base en lo expuesto hasta este momento se resolverá el caso concreto.

7. Caso concreto

1. Cumplimiento de los presupuestos generales de procedibilidad

a. El asunto debatido reviste relevancia constitucional

La Sala considera que en el asunto objeto de estudio se acredita el cumplimiento de este requisito, pues la controversia versa sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y debido proceso principalmente.

En efecto, del relato de la demandante se desprende la consideración de que se vulneran sus derechos fundamentales por dos razones principales: en primer término alega que no se ha respetado su derecho al debido proceso en tanto, de un lado el procedimiento disciplinario en su contra se adelantó sin apoderado judicial que la representara, y de otro, su exclusión de la academia MILITAR aconteció antes de que se culminara el mencionado procedimiento, con base en el trámite de una solicitud voluntaria de retiro presentada por ella el mismo día de los hechos objeto del proceso. La vulneración descrita tiene como fundamento común en la narración de la demanda de amparo, la presunta presión de la que fue objeto la ciudadana demandante por parte de las autoridades de la institución educativa MILITAR, para que los hechos no trascendieran a la comunidad de la Academia MILITAR. Así, la ciudadana da a entender que la intención de las autoridades del ente educativo era culminar en el menor tiempo posible la investigación disciplinaria y excluirla con premura de la escuela.

En este orden, para la Sala Octava de Revisión es claro que el asunto planteado por la cadete MILITAR en cuanto a la presunta vulneración de su derecho al debido proceso excede el supuesto incumplimiento de las formalidades propias de los procedimientos de retiro y disciplinario. Es claro que en últimas su argumentación se dirige a explicar que tanto la solicitud de retiro voluntario como la renuncia a ser asistida por un abogado en el disciplinario se ven demeritadas porque las autoridades de la Institución MILITAR consideraron desde el principio que el asunto debía manejarse con celo y reserva especiales. Esto es, para la tutelante sus superiores encontraron en el tipo de falta disciplinaria una justificación suficiente para que su investigación se adelantara bajo cierta postura tanto de parte de los disciplinadores como de la disciplinada.

Lo expuesto es la perspectiva constitucional que debe adoptarse por parte de esta Corte, pues de otro modo carecerían de sentido las aseveraciones de la tutelante a este respecto y

la discusión sólo apuntaría a demostrar lo que no se ha puesto en duda a lo largo del proceso, esto es, que la demandante suscribió una solicitud de retiro voluntario “de su puño y letra” como lo afirman sus superiores, y que ella no ha negado; que en efecto con su firma avaló la renuncia a ser asistida por un abogado en el proceso disciplinario, cuando suscribió el acta de versión libre, lo que tampoco desmintió y que la exclusión se dio antes de la culminación del proceso disciplinario porque tuvo como base la solicitud de retiro voluntario. La ocurrencia de los anteriores hechos no ha sido objeto de discusión y por el contrario se dio por demostrado por las directivas del plantel y no fue controvertido por la disciplinada; luego la alegación consiste en que las circunstancias en que ello ocurrió originan la presunta vulneración.

b. La tutelante agotó todos los medios de defensa judicial a su alcance

Con respecto al requisito de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha restringido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y contra actos administrativos, a la ocurrencia de una de las hipótesis que a continuación se nombran:

b) Sin embargo, puede ocurrir que bajo circunstancias especialísimas, por causas extrañas y no imputables a la persona, ésta se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial, en cuyo caso la rigidez descrita se atempera para permitir la procedencia de la acción.

c) Finalmente, existe la opción de acudir a la tutela contra providencias judiciales como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable. Dicha eventualidad se configura cuando para la época de presentación del amparo aún está pendiente alguna diligencia o no han sido surtidas las correspondientes instancias, pero donde es urgente la adopción de alguna medida de protección, en cuyo caso el juez constitucional solamente podrá intervenir de manera provisional”[89].

En este aspecto esta Sala encuentra varias razones para concluir que en la presente revisión, pese a que no se controvirtieron los actos administrativos y se demandaron de manera directa por vía de tutela, algunas particularidades del caso autorizan la intervención del juez de tutela.

En primer lugar, como se expuso en el presupuesto anterior, el asunto objeto de debate

jurídico compromete de manera directa e indiscutible la corrección constitucional de la labor hermenéutica de las autoridades que obraron como disciplinadores.

En segundo lugar, y derivado de lo anterior, el contenido normativo cuya interpretación se pretende revisar hace alusión a valores y principios fundamentales transversales de nuestra Carta Política. En efecto el contenido en cuestión alude a prácticas sexuales, lo que compromete la precisión del alcance efectivo de la dignidad y la autonomía.

En tercer lugar, si bien es cierto que toda autoridad está obligada a aplicar la Constitución para tomar las decisiones propias de su competencia, y ello significa que un juez contencioso u otra autoridad administrativa podía eventualmente asumir el presente estudio desde la perspectiva adoptada por esta Sala, no lo es menos que la Corte Constitucional como interprete preferente de la Constitución, tiene el deber de otorgar la interpretación más profunda y desarrollada posible. Además de que resulta legítimo que en casos como el presente el Tribunal Constitucional tenga interés especial en diseñar posiciones y marcos hermenéuticos. Esto debido a los derechos que hay en juego, como se dijo arriba, y a que la interpretación desarrollada en esta jurisprudencia se configura -nada más y nada menos- en la guía que deben seguir todas las autoridades que traten el asunto.

Por las razones anteriores para esta Sala de Revisión es claro que el principio de subsidiariedad no debe aplicarse de manera rigurosa en el presente caso, por lo cual el Juez Constitucional no sólo está autorizado a intervenir de manera directa, sino que tiene el deber de hacerlo como máxima autoridad judicial en materia de derechos fundamentales.

c. Existió inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela

La inmediatez es una condición de procedencia de la acción de tutela, creada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como herramienta para cumplir con el propósito de la Carta Política de hacer de esta acción un medio de amparo de derechos fundamentales que opere de manera rápida, inmediata y eficaz. Por ello, es indispensable estudiar en cada caso en concreto, si la tutela es presentada cuando la vulneración se encuentra vigente en el tiempo, toda vez que es necesario que la acción sea promovida dentro de un término razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de los hechos que se consideran vulneratorios de derechos fundamentales, con el fin de evitar que el transcurso

del tiempo desvirtúe la transgresión o amenaza de los derechos.

En el presente caso el presupuesto en mención aparece acreditado en tanto la tutela se interpone contra resoluciones administrativas dictadas en los meses de marzo y abril de 2011 y la tutela se interpone el 25 de abril del año 2011.

d. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados

La accionante ha identificado razonablemente tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados, pues aduce claramente que existió violación al debido proceso e intimidad por la expedición de las resoluciones 044 del 04 de 2011 y 082 del 25 de abril del mismo año, las cuales la declararon disciplinariamente responsable de faltas consagradas en el reglamento de la institución perdiendo igualmente su cupo en la BCV.

e. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela

La demandante interpuso acción tutela contra la Resolución 044 del 04 de marzo de 2011 y la Resolución 082 del 25 de abril de 2011 y no contra una sentencia de tutela.

En conclusión, se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos.

2. Resolución del caso concreto

Según se consignó en el acápite relativo a los hechos, a la demandante, en su condición de Cadete de la Escuela BCV, le fue cancelada la matrícula y perdió el cupo de estudiante, tras solicitar el retiro de la Institución (Resolución 044 del 04 de marzo de 2011) -bajo presión de sus superiores según relata- y al ser declarada disciplinariamente responsable (Resolución 082 del 25 de abril de 2011) por la comisión de una falta gravísima contemplada en el numeral 47 del artículo 104 del Acuerdo # 050 de 2010, “por medio del cual se aprueba y adopta el reglamento estudiantil aplicable a los estudiantes de la escuela de cadetes BCV”. Norma según la cual constituye falta gravísima disciplinara “grabar, tomar o permitir que se graben o tomen escenas de pornografía, prácticas sexuales, actos obscenos o poses vulgares donde se utilice el uniforme o donde aparezcan las instalaciones

de cualquier unidad militar o símbolos o insignias de la institución militar.”

Los hechos que dieron lugar a la solicitud de retiro y al proceso disciplinario, se condensan en el siguiente relato. La ciudadana fue requerida por sus superiores porque en su computador personal se habían hallado videos de contenido sexual, en los cuales al parecer aparecía ella, así como instalaciones y prendas de la Escuela BCV cual fue verificado en ese instante.

A su turno los videos fueron encontrados en el siguiente contexto. En horas de la mañana del mismo día en que fue requerida por sus superiores la demandante prestó su computador personal a otra cadete, quien a su vez se lo prestó a una tercera Cadete, quien procedió a revisar unas fotos, cuando uno de los videos en cuestión “se abrió instantáneamente”. Llamaron a una cuarta cadete para mostrar el video y luego a la superior quien realiza un informe con destino de otro superior. Sobre los acontecimientos hasta aquí relatados y sobre el hallazgo de tres (3) videos cuyo contenido es el descrito arriba[90], no hay discusión entre las autoridades y las distintas protagonistas incluida la tutelante.

La disciplinada explicó en los descargos que los videos los realizó ella misma, con el fin de complacer a su novio (quien estaba fuera de la ciudad), mientras hablaba con él por teléfono y con el fin de enviárselos por internet, lo que no alcanzó a realizar.

Con base en todo lo anterior se adelantó una investigación disciplinaria contra la Cadete XX, tal como se refirió más arriba, la cual inició el mismo día de los hechos con la realización de varias diligencias[91]. También el mismo día que inició el disciplinario la demandante dirigió un oficio escrito a mano al Director de la Escuela BCV, en el que solicita retiro voluntario de la Institución y lo justifica en el deseo de realizar estudios universitarios en otro ámbito, en que su situación académica no es favorable, y en que no se siente a gusto con la carrera que está desarrollando. Por lo anterior, paralelo al inicio de la investigación disciplinaria se inicia trámite de retiro y desacuartelamiento, con base en la solicitud señalada.

Al día siguiente, en desarrollo del proceso disciplinario se realizan otras diligencias[92] y en relación con la solicitud de retiro voluntario de la disciplinada, se realiza entrevista con la Psicóloga para el retiro, se expide paz y salvo de biblioteca, laboratorios y otros, para la baja. Y el día siguiente se realiza entrevista con el Capellán de la Institución militar, para

culminar el trámite de la solicitud de retiro voluntario, con la expedición de la resolución 044 en donde se ordena la pérdida de la calidad de estudiante, con base en la referida solicitud de retiro.

Respecto del proceso disciplinario, el 15 de marzo de 2011 se expide auto de determinación de la conducta disciplinaria, el 25 de marzo de 2011 la disciplinada solicita la nulidad de todo lo actuado en el proceso disciplinario, con base en que no se le permitió la designación de un abogado, pues alega que sus superiores manifestaron desde el inicio de la investigación la intención de realizarla con celeridad, y así evitar que trascendiera el caso en la Institución militar. Agregó que esa fue la razón de la solicitud de retiro voluntario, por lo cual la baja con base en dicha solicitud también está viciada, además de que se dio (la baja) sin que se hubiera culminado la investigación disciplinaria. Mediante auto del 28 de marzo de 2011 se niega la solicitud de la nulidad elevada por la disciplinada, bajo el argumento de que la tutelante renunció voluntariamente a la designación del apoderado judicial, así como también decidió sin apremio alguno solicitar el retiro voluntario. El 31 de marzo de 2011 la ciudadana tutelante interpuso recurso de apelación contra la decisión que negó la nulidad, insistió en los fundamentos de la solicitud inicial, y señaló adicionalmente que la conducta consistente en la realización de los videos aludidos, deriva del ejercicio del derecho a la intimidad, por lo cual no puede ser objeto de sanción. Mediante auto del 5 de abril de 2011, se negó el recurso de apelación contra la decisión que negó la nulidad, con base en las mismas consideraciones del funcionario que en principio la descartó.

Finalmente por medio de la resolución 082 del 25 de abril de 2011, se resolvió declarar disciplinariamente responsable a la cadete Ávila Rivera, por haber incurrido en la falta gravísima disciplinaria del numeral 47 del artículo 104 del Reglamento Estudiantil de la Academia BCV"[93] y se le impuso la sanción de cancelación de la matrícula y pérdida de cupo.

La ciudadana XX interpuso acción de tutela, y solicitó que se anulara el proceso disciplinario y se ordenara el reintegro. Fundamentó la anterior solicitud en que fue presionada para solicitar retiro voluntario y para adelantar la investigación disciplinaria sin abogado, por cuanto sus superiores le manifestaron la inconveniencia de que el asunto fuera conocido por la comunidad de la institución militar. Agrega que se sintió asustada e insegura y decidió elaborar el manuscrito solicitando el retiro voluntario del ente

educativo, el mismo día en que acontecieron los hechos, y explica que la manifestación consistente en que no haría uso de un apoderado judicial, se hizo en desarrollo de la diligencia de declaración libre y espontánea, pero no con la intención de que a partir de ello se dejara constancia de su renuncia a ejercer un derecho constitucional. De otro lado insistió en que la conducta que originó la sanción, se inscribe dentro del ámbito de su intimidad, por lo cual no debe ser sancionada.

Por su lado las autoridades de la Institución militar señalan que la disciplinada renunció voluntariamente a la designación del apoderado judicial, lo cual consta en el acta de la diligencia de versión libre espontánea firmada en debida forma por la ciudadana demandante con las ritualidades requeridas. Reiteran que la solicitud de retiro voluntario se tramitó en debida forma, y ésta no obedeció al despliegue de presiones sobre la cadete. Además de que, todas las etapas del proceso disciplinario se surtieron satisfactoriamente, de conformidad con las normas del Reglamento Estudiantil de la Academia BCV, y en estricto respeto de los principios generales del derecho disciplinario.

Por su parte el juez de tutela de única instancia declaró la improcedencia del amparo, pues no encontró la ocurrencia de un perjuicio irremediable que permitiera tramitar el asunto en sede de tutela, sin haber acudido al juez contencioso administrativo, quien debía conocer la demanda contra los actos administrativos que contienen las decisiones de retiro y la sanción respectiva.

A partir de los hechos anteriores, esta Sala de Revisión expuso la perspectiva constitucional a adoptar para el análisis del caso. Se justificó dicha perspectiva con los siguientes argumentos. Los hechos relatados sugieren que la manera adecuada de atender a lo relatado y solicitado en la demanda de tutela en relación con el debido proceso, consiste en indagar en el tipo de falta disciplinaria y en la norma que la describe, pues su contenido particular y concreto es el que ha traído como consecuencia, de un lado que la demandante afirme que sus superiores pretendieron un proceso y consecuente expulsión expedita, y de otro que dichos procedimientos hayan vulnerado también su derecho a la intimidad.

Esto radica en el hecho de que de otro modo carecerían de sentido las aseveraciones de la tutelante sobre las condiciones en que desarrollaron los procesos, y la discusión sólo apuntaría a demostrar lo que no se ha puesto en duda a lo largo del proceso. Esto es, que la

demandante suscribió una solicitud de retiro voluntario “de su puño y letra” como lo afirman sus superiores, y que ella no ha negado; que en efecto con su firma avaló la renuncia a ser asistida por un abogado en el proceso disciplinario, cuando suscribió el acta de versión libre, lo que tampoco desmintió. Y que la exclusión se dio antes de la culminación del proceso disciplinario, porque tuvo como base la solicitud de retiro voluntario. La ocurrencia de los anteriores hechos no ha sido objeto de discusión y por el contrario se dio por demostrado por las directivas del plantel y no fue controvertido por la disciplinada; luego la alegación consiste en que las circunstancias en que ello ocurrió es lo que origina la presunta vulneración.

Por esto, para esta Sala el objeto constitucional de discusión en este aspecto no radicó precisamente en si la ciudadana demandante solicitó o no en debida forma el retiro voluntario, o si manifestó o no en la diligencia de versión libre y espontánea que no comparecería al proceso disciplinario con abogado. Sino por el contrario el asunto constitucional debatible consistió en determinar si cada uno de los eventos anteriores aconteció en desarrollo del proceso de su retiro, bajo alguna condición o consideración especial que hiciera nugatorio su derecho constitucional al debido proceso. Y, esto es lo que justamente afirma la ciudadana cuando llama la atención sobre el hecho de que se encontró presionada durante el proceso de exclusión de la Academia.

Con base en lo anterior la Sala Octava de Revisión, se planteó la necesidad de evaluar la falta disciplinaria y la norma que la contempla, para precisar si algo en dicho contenido normativo sugiere una lectura interpretativa particular y un proceso de aplicación singular omitido por las autoridades de la Escuela BCV; así como también se planteó la necesidad de realizar dicha precisión en especial consideración del derecho al libre desarrollo de la personalidad y su componente relativo al derecho a la intimidad.

En atención a la reconstrucción fáctica del caso y a la perspectiva de análisis plasmada en los criterios y líneas jurisprudenciales presentadas en los acápites anteriores, esta Sala encuentra que las autoridades de la Escuela BCV han vulnerado los derechos a la intimidad y al debido proceso de la ciudadana accionante por las razones siguientes:

1. En efecto, la Institución demandada (i) omitió atender la carga interpretativa de la norma, lo que generó una posición hermenéutica errada al momento de su aplicación y en

consecuencia activó la vulneración del derecho de intimidad sexual; de ahí que los actos administrativos mediante los cuales se ordenó la baja y se expulsó a la ciudadana demandante hayan incurrido en un claro defecto sustantivo.

2. Como consecuencia de lo anterior (ii) se vulneró el derecho al debido proceso de la actora, como quiera que la aplicación de la norma requería revelar elementos interpretativos de su contenido, carga que se omitió, como se ha dicho, luego produjo incoherencias en el adelantamiento del proceso, tales como la existencia de dos actos administrativos cuyo propósito era excluir a la cadete de la escuela y otros aspectos contradictorios que se referirán más adelante. A continuación, se desarrollarán los dos puntos anteriores.

3. En punto a la primera violación advertida la Sala considera lo siguiente: la omisión consistente en interpretar la norma con el rigor que su contenido ameritaba, supuso yerros en la actividad hermenéutica por parte de las autoridades de la Escuela BCV ; así, a) no se consideró el alcance de la norma aplicada, luego no se tuvo en cuenta el bien jurídico tutelado; b) no se verificó la presencia de alguna intención dirigida a terceros con la elaboración del video por no considerar el contexto en que éste fue hallado; c) no se atendió la justificación que la ciudadana ofreció sobre la elaboración de los videos luego no se respetó su derecho a la intimidad. Como consecuencia de lo anterior d) al aplicar norma sin mayor reflexión se incurrió en un defecto sustantivo. En lo que sigue se explicarán cada uno de los aspectos anteriores.

4. En relación con la mención del literal a) es claro que no se demostró la afectación del bien jurídico que pretende proteger la norma, que como se dijo corresponde al honor y en general al ideal de virtud propia de la Institución militar y que está recogido en el artículo primero del reglamento estudiantil, analizado en los primeros fundamentos de esta providencia. No ve la Sala cómo los videos de contenido sexual en que aparece la demandante afectaron o mancillaron el honor y orgullo institucional. Se insiste en que el contenido de la norma aplicada, en tanto prohibición de realizar grabaciones sexuales en instalaciones o con uniformes e insignias de la Escuela BVC se dirige a situaciones en que las prácticas sexuales se exhiban a terceros. La única manera de ofender el honor institucional y así encontrar vulnerado el bien jurídico tutelado mediante la norma, es que de un lado los videos tuvieran como propósito su exhibición a terceros y que la intención de

la demandante al realizarlos hubiese sido ridiculizar, degradar o indisponer a la Escuela BCV. Ninguno de estos aspectos fue demostrado, ni se deriva de manera indiscutible de los hechos.

5. En relación con la observación del literal b) encuentra la Sala, que tanto la sucesión de acontecimientos relatada en la tutela, al cabo de la cual los videos de la tutelante fueron conocidos por sus compañeras y superiores, así como la justificación del contexto y la intención en que éstos se realizaron, permiten concluir que todo ello se configuró en un evento íntimo y personal. Las autoridades de la Academia BCV hicieron caso omiso a estos hechos e imperioso es afirmar que el hallazgo de los videos según lo relatado, no permite concluir que la actora tenía la intención de que éstos se conocieran por terceros. En cambio sí permite concluir todo lo contrario, que formaba parte de sus archivos personales e íntimos, los cuales fueron descubiertos por una situación fortuita. Por supuesto, la norma disciplinaria no tiene el propósito de regular situaciones como la descrita.

6. También, en relación con el punto c) valga señalar que el contenido de los videos y la explicación otorgada por la protagonista sobre su elaboración, coincide con la interpretación de los acontecimientos según la cual ello obedeció a conductas inscritas en las actividades personales e íntimas con su pareja. No hay otra manera de encajar coherentemente cada uno de los elementos de la historia relatada en el caso. La falta de apreciación de lo anterior produjo que se tomara un evento propio del proyecto de vida íntima de la tutelante, y se tratara jurídicamente como un asunto que pretendía no sólo ofender el honor de la Institución, sino perturbar el orden, mediante la exhibición de los uniformes e instalaciones de la Escuela BCV videos de contenido sexual. Sin embargo, no hay una sola evidencia concluyente de que ello haya sido de esa manera. Todo apunta por el contrario a que en un escenario aislado la demandante enderezó una conducta que tenía por fin única y exclusivamente el desarrollo de su sexualidad sin la participación de persona diferente a su pareja.

7. Para la Sala Octava de Revisión, el desarrollo de los hechos posteriores al hallazgo de los videos, en referencia al punto d), tiene como causa directa la precaria interpretación de la norma. No de otra manera se explica, que las autoridades de la Escuela BCV hayan indagado exclusivamente por el contenido sexual de los videos y la presencia del uniforme (pijama) y la instalación de la Institución (el baño femenino). Como se dijo, la norma no

puede dirigirse a sancionar la actividad sexual en sí misma considerada, dentro del ámbito de la intimidad, tal como fue el comportamiento verificado en los videos. El fin de la disposición es la exhibición degradante de los uniformes, insignias, instalaciones y personal de la Academia.

8. Si se acepta una posición hermenéutica distinta frente a la norma, es decir aquella que no atiende adecuadamente la carga moral de la misma, se debe aceptar de manera contraintuitiva con los derechos de dignidad, autonomía e intimidad sexual, que las decisiones de la tutelante sobre su sexualidad son degradantes, ofensivas y contrarias al modelo de virtud de la Escuela BCV como si dicha Institución tuviese pretensiones o competencias en el campo sexual derivadas de la Constitución o alguna otra disposición jurídica vigente. Se insiste en que nada en la norma ni en el Reglamento que la contiene permite semejante conclusión.

9. En últimas, los hechos verificados insistente y rigurosamente por las autoridades militares, valga reiterar, el uniforme (pijama) y la instalación de la Institución (el baño femenino) en los videos sexuales, no satisface las necesidades de la norma para su aplicación. Con el agravante de que los factores ausentes relativos a la intención de la realización de los videos y el contexto de cómo se dieron a conocer, fueron presentados por la actora e ignorados por las mencionadas autoridades.

10. Las carencias descritas en el proceso de aplicación de la norma en cuestión describen sin duda la existencia de un defecto sustantivo. En primer lugar la disposición disciplinaria “no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.”[94]. Además de que la interpretación y aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable[95], y “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes.”[96] Y finalmente la decisión se adoptó “con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación[97] [y] afectó derechos fundamentales”[98] de la demandante.

11. Todo lo anterior trajo como consecuencia la vulneración del debido proceso de la actora

también en diferentes escenarios:

(i) Como primera medida, de manera extraña el hallazgo de los videos y el conocimiento de los mismos por parte de los superiores, generó que el mismo día de los acontecimientos la tutelante solicitara voluntariamente el retiro de la Institución por razones completamente ajenas a los videos en cuestión y a su contenido. Esta situación puede atribuirse a lo que esta Sala ha denominado la significativa carga moral de los hechos y así de los supuestos que regula la norma disciplinaria. No parece haber otra hipótesis plausible que la vergüenza que produjeron los eventos en la ciudadana, al verse enfrentada a la evaluación de cuestiones que no están a disposición de terceros porque están ubicadas en su proyecto de vida íntima.

(ii) La mencionada carga moral de la situación y la regulación que presuntamente era aplicable tuvo igualmente efecto en las autoridades de la Institución, en tanto éstas tramitaron los dos procedimientos claramente relacionados, sin complementar los análisis, como si se tratara de personas distintas en cada uno de los procedimientos. En el proceso disciplinario, parecía lógico indagar sobre las razones de retiro voluntario, justo en el momento en que acontece el hecho que lo originó.

(iii) Igualmente, las escasas etapas del trámite de retiro voluntario no hacen alusión al disciplinario que se había iniciado, en desarrollo del cual los videos estaban en poder y bajo análisis de los disciplinadores, como si este hecho tuviera una relación natural con las razones de la solicitud de retiro las cuales fueron, se recuerda, descontento con la carrera, bajo rendimiento académico, y similares.

(iv) Finalmente, y no menos grave, es grosera la violación al debido proceso bajo el manto de lo que se llamó retiro voluntario. La tutelante explicó que fue presionada para solicitar retiro voluntario y para adelantar la investigación disciplinaria sin abogado, por cuanto sus superiores le manifestaron la inconveniencia de que el asunto fuera conocido por la comunidad de la institución. En dicho contexto, afirmó que se sintió asustada e insegura y decidió elaborar el manuscrito solicitando el retiro voluntario del ente educativo, el mismo día en que acontecieron los hechos. El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo, la observancia de la plenitud de las formas propias de cada

juicio, lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite. El proceso disciplinario adelantado sin abogado y la premura en la resolución del mismo sin intervención procesal de la accionante, sin opción de impugnar pruebas y decisiones contrarias a sus intereses, devino en una renuncia forzada de la accionante que raya con los dictados de un proceso debido. Claramente sin asegurar estas mínimas garantías es dable concluir que la administración transgredió el derecho de defensa y con él, el del debido proceso administrativo

El derecho al debido proceso supone que las ritualidades propias de los procedimientos respaldan y garantizan contenidos materiales relativos a los derechos de los procesados. En sí mismos los procedimientos no son más importantes que los derechos que garantizan. El seguimiento de las formas, por las formas mismas, no es el sentido de las exigencias del derecho al debido proceso. En caso concreto las formalidades no hicieron sino ocultar la carga moral del asunto y de la interpretación de la norma aplicada, por lo cual pese a ellas (las formalidades de los trámites) se vulneraron los derechos de la tutelante.

Por las consideraciones de esta sentencia, la Sala ordenará revocar el fallo de tutela dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 13 de abril de 2011, en el caso de la referencia, y en su lugar, conceder el amparo de los derechos de la ciudadana demandante a la intimidad sexual y al debido proceso. Se dejarán sin efectos las resoluciones 044 del 04 de marzo de 2011 y 082 del 25 de abril de 2011, mediante las cuales se declaró la baja y se declaró disciplinariamente responsable a la tutelante. En consecuencia ordenará a la BCV que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia judicial, reintegre a la comunidad estudiantil a la ciudadana XX, si es su deseo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de los términos decretada en el presente proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR el fallo de tutela dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 13 de abril de 2011, en el caso de la referencia, y en su lugar, conceder el amparo de los derechos de la ciudadana demandante a la intimidad sexual y al debido proceso.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS las resoluciones 044 del 04 de marzo de 2011 y 082 del 25 de abril de 2011, mediante las cuales se declaró la baja y se declaró disciplinariamente responsable a la tutelante y en consecuencia, ORDENAR a la Escuela BCV, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia judicial, debe REINTEGRAR a la comunidad estudiantil a la ciudadana XX, si es su deseo.

LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-392A/14[99]

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Debió justificarse la aplicación de las reglas jurisprudenciales sobre acción de tutela contra providencias judiciales a decisiones contra actos administrativos (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Análisis específico y característico de procedencia de tutela contra providencias judiciales no es extensible a todos los actos administrativos (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Precedente ha indicado que doctrina de tutela contra providencias judiciales es aplicable a actuaciones administrativas en las que materialmente se administre justicia (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Las razones que llevaron a la Corte a descalificar la interpretación que hizo la autoridad militar del artículo que contempla las faltas gravísimas no fue justificada de forma suficiente (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-El retiro voluntario de la accionada de la Escuela Militar debió ser analizado en el contexto del procedimiento que dio origen a la solicitud de retiro y la presión que se ejerció sobre la tutelante (Aclaración de voto)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Octava de Revisión de la Corte, me permito aclarar el voto dentro de la Sentencia T-392A de 2014 pues, si bien comparto la decisión de dejar sin efectos las Resoluciones a través de las cuales la peticionaria perdió su calidad de estudiante de la Escuela de Cadetes BCV y fue declarada disciplinariamente responsable, respectivamente, considero que la argumentación debió ser más cuidadosa e integral con relación a tres aspectos.

1. La Sentencia aborda el análisis de la violación a los derechos fundamentales de la peticionaria, ocasionada por los mencionados actos administrativos, a partir de la doctrina de la tutela contra providencias judiciales que, de forma más o menos expresa, juzga aplicable a las «decisiones definitivas de la Administración (actos administrativos)». Estoy de acuerdo con que aquella se haya empleado en el caso concreto. Pese a esto, considero

que el fallo debió haber hecho claridad sobre un punto, en orden a justificar suficientemente la extensión de esa doctrina a ciertas decisiones administrativas y, sobre todo, con el fin de circunscribir la subregla de decisión que puede desprenderse de la providencia.

En la discusión del proyecto sugerí citar precedentes en que la Corte, precisamente, hubiera llevado a cabo la mencionada extensión de la doctrina de la tutela contra providencias judiciales. Sin embargo, la sugerencia solo fue acogida parcialmente. El fallo únicamente referencia a pie de página la Sentencia T-549 de 2010 y cita un aparte de la providencia T-768 de 2013, con base en la cual se sostiene que la tutela contra un acto administrativo requiere que concurran: i) requisitos formales de procedibilidad, ii) una o varias causales genéricas e iii) inminencia de un perjuicio irremediable que exija la intervención del juez de tutela.

Con todo, la anterior consideración solamente confirma la subregla jurisprudencial pacífica de la Corte, según la cual, fuera de los presupuestos formales y generales, un acto administrativo puede ser atacado mediante la solicitud de amparo, exclusivamente, en los eventos en que desconoce derechos fundamentales y los mecanismos judiciales ordinarios, llamados a corregir tales equivocaciones, no resultan idóneos en el caso concreto, salvo que se constate la inminencia de un perjuicio grave e irremediable[100].

Pero lo que me parecía relevante clarificar y, correlativamente, los precedentes que resultaba importante referenciar eran los relacionados con las situaciones en las cuales el análisis específico y característico de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales había sido aplicado a decisiones administrativas, es decir, los casos en que los defectos que pueden ser atribuidos a una decisión judicial, dadas sus características, pueden también y han sido igualmente predicados de algunos actos administrativos, que no son todos, como la Corte debió ponerlo de manifiesto.

Es claro que la acción de tutela procede excepcionalmente contra actos administrativos, bajo las condiciones mencionadas. No obstante, en rigor, esto no era lo que específicamente planteaba el caso. Aquello que debió notarse es que la doctrina de la tutela contra providencias judiciales no es extensible a todo acto administrativo, puesto que no toda decisión de esta naturaleza se identifica o es similar a una providencia judicial y, por lo

tanto, no de todo acto se puede predicar los defectos o errores en que puede incurrir una resolución judicial. De todos los actos administrativos, por ejemplo, no son predicables el defecto fáctico, el sustantivo o el desconocimiento del precedente y, pese a que en muchos casos se cuestionan por vulneración al debido proceso, que coincide con el defecto procedimental, no siempre esto es así y la decisión en cuestión puede no ser jurídicamente susceptible de poseer los demás defectos, caso en el cual tampoco sería aplicable la doctrina de la tutela contra providencias judiciales.

Un acto administrativo puede efectivamente imponer cargas o afectar derechos de una persona, pues al fin y al cabo allí reside la razón de la solicitud de amparo. Pero esto no significa que todo acto administrativo esté precedido por un trámite perfectamente estructurado en etapas, con garantías específicas para intervención de partes y cuyo fin sea arribar a una decisión caracterizada por la aplicación e interpretación de normas jurídicas que gobiernan directamente sus derechos y obligaciones, previa la valoración de pruebas aportadas por los interesados. Decisiones dictadas dentro de un proceso disciplinario o de reconocimiento de pensiones al interior de entidades públicas son actos administrativos de esa naturaleza; no lo son, en cambio, una resolución que declara a una persona vencedor en un concurso de méritos en una institución estatal o que suspende el uso de parte de espacio público para la realización de un proyecto de infraestructura vial.

En algunas sentencias, la Corte parece dar a entender que las causales específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales aplican también cuando se discute un acto administrativo cualquiera[101], como también lo hace el fallo respecto del cual aclaro mi voto. Sin embargo, en otras, la Corte de manera más afortunada ha dicho que la doctrina de la tutela contra providencias judiciales procede en el curso de una actuación administrativa en la que materialmente se cumpla la función de administrar justicia, «tal como ocurre, por ejemplo, con los procesos que se adelantan ante la justicia penal militar, los procesos policivos y los procesos disciplinarios que se tramitan en la Procuraduría General de la Nación»[102]. Ha afirmado que se trata de aquellos eventos que comporten el ejercicio material de la función judicial o en que esa autoridad administrativa esté investida con la facultad de desempeñar una función judicial[103].

Con apoyo en precedentes como lo citados, la Sala, entonces, debió aclarar muy bien que dada la naturaleza de las providencias judiciales, el acto administrativo debe comportar la

manifestación de facultades jurisdiccionales e identificarse con dichas providencias en lo que a éstas es consustancial –como pueden serlo los rasgos mencionados atrás-, para que el análisis de la presunta lesión ocasionada mediante el acto de la administración pueda ser emprendida a partir de la doctrina de procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Si así hubiera actuado, no solo se habría clarificado algo que no lo está del todo en la jurisprudencia de la Corte, sino que la subregla derivable de la argumentación sería también más precisa y determinable.

2. La Sentencia analiza la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 47 del artículo 104 del Acuerdo 050 de 2010 (que aprueba y adopta el reglamento estudiantil aplicable a los estudiantes de la Escuela de Cadetes BCV), con base en la cual la accionante fue declarada disciplinariamente responsable, y sostiene la tesis de que la autoridad que adelantó el proceso disciplinario omitió «la carga interpretativa de la norma», por lo cual adoptó una posición hermenéutica equivocada que generó vulneración del derecho a la intimidad sexual de la disciplinada. Afirma que no se demostró la afectación al bien jurídico que pretende proteger la falta, que, según el artículo 1 del citado Reglamento, es el honor y el ideal de virtud propia de la Institución Militar, pues la prohibición de realizar grabaciones de contenido sexual en las instalaciones o con uniformes o insignias de la Escuela, en que consiste la infracción, se dirige a situaciones en que los registros sean exhibidos a terceros.

El fallo propende por una interpretación acorde con la Constitución de la referida falta disciplinaria y descarta la llevada a cabo por la Autoridad Militar, lo cual en sí mismo no es implausible y, al contrario, es susceptible de ser suscrito, como en efecto lo hice. Sin embargo, en tanto es uno de los elementos centrales de la decisión, estimo que el análisis desde el punto de vista interpretativo debió ser más completo y sistemático, principalmente mediante el uso de varios cánones interpretativos, a fin de hacer la idea que se sostiene más sólida. Debieron presentarse y estudiarse los varios tipos de faltas que establece el Reglamento, las que tienen también carácter gravísimo y su correlación entre sí, los varios sentidos que podían serle atribuidos a aquella por la que fue sancionada la peticionaria a partir de la literalidad del texto, de la probable intención de su creador, a la luz del respectivo título y/o capítulo en que se consagra, etc., y, una vez hecho esto, ahí sí, a partir de estos mayores elementos, descalificar de modo más justificado la interpretación que se acogió en el proceso disciplinario.

3. Por último, me parece que era importante hacer una consideración más detenida del supuesto retiro voluntario de la accionante de la Escuela Militar, al que fue presionada, habida cuenta de que se deja sin efectos la Resolución que efectivamente excluyó de la Escuela a la actora. En la sentencia se menciona ese hecho relevante al analizarse el caso concreto, pero se vincula al debido proceso dentro de la actuación disciplinaria que se adelantó en su contra, pese a que dicha manifestación de querer abandonar la Escuela debió ser examinada, no en ese ámbito sino en el contexto del procedimiento interno que dio curso a la supuesta solicitud. Si bien el fallo afirma la conveniencia de mezclar el análisis de las dos actuaciones, dada la íntima relación de los hechos, debieron haber quedado suficientemente claros los problemas, en términos de garantías fundamentales, que vició irremediablemente el trámite en mención.

No obstante podría comprenderse que la circunstancia invalidante del procedimiento de retiro provino de la situación de coacción moral a que se vio sometida la peticionaria por su superiores y en virtud de la comisión de una supuesta falta que, conforme la interpretación de la Autoridad Militar, en sí misma violentaba su intimidad, era deseable un análisis más detallado y, sobre todo, claro al respecto, en aras de ofrecer mayor sustento a la decisión de dejar sin efectos la citada Resolución.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-392A/14

DERECHO A LA INTIMIDAD SEXUAL Y DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO-Descripción detallada de imágenes que contenía video objeto de controversia resultaba innecesaria (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-No se deben aplicar las subreglas de procedencia de tutela contra providencias judiciales, sino deben verificarse los requisitos de subsidiariedad e inmediatez (Aclaración de voto)

DERECHO A LA INTIMIDAD SEXUAL Y DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO-Concepto de pornografía adoptado en la sentencia no es el único concebible (Aclaración de voto)

Referencia: expediente T-3116948

Magistrado Ponente:

Alberto Rojas Ríos

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, aclaro mi voto a la sentencia T-392A de 2014. Aunque comparto el sentido de la decisión, en cuanto a conceder el amparo a los derechos a la intimidad sexual y el debido proceso de la ciudadana demandante, aclaro mi voto en relación con los siguientes aspectos:

1. Creo que efectuar un relato detallado de las imágenes que contenía en el video que dio lugar a la controversia que fue objeto de análisis de la Corte resultaba innecesario. No existía discusión entre las partes sobre ese aspecto y, dado que la Sala decidió proteger cualquier expresión de la sexualidad que haga parte del ámbito personal y excluya la violencia, no veo por qué hacía falta una descripción detallada de la filmación.
2. La sentencia desarrolla el análisis de validez constitucional del acto administrativo enmarcándolo en la doctrina de la tutela contra providencia judicial, y afirma que así lo hace la Corte de manera reiterada y constante. No comparto esa afirmación, ni esa metodología de estudio para el caso concreto. La tutela contra providencia judicial plantea exigentes requisitos argumentativos y formales, debido al respeto por la independencia de los jueces y el principio de cosa juzgada. Las decisiones administrativas no están amparadas por ninguno de estos atributos, aunque cuentan, por regla general con otros mecanismos de control de legalidad.

Por esas razones, a los actos administrativos no deben aplicarse las subreglas que definen la procedencia de la tutela contra providencia judicial, sino que deben verificarse, exclusivamente, los requisitos derivados de los principios de subsidiariedad e inmediatez.

3. Me parece que el proyecto incurre en obiter dicta, innecesarios y riesgosos, en materia de libertad de expresión. Debo precisar en este punto, que esas afirmaciones, en la medida en que no corresponden al grupo de argumentos que constituyen la ratio de la decisión, no hacen parte del precedente vinculante que se desprende de la sentencia T-392A de 2014. En primer lugar, el proyecto aporta una definición de pornografía caracterizada por los siguientes elementos: la exhibición explícita de genitales, destinada a terceros, con el propósito de degradar, o de reproducir actos de naturaleza violenta. De otra parte, el proyecto sostiene que la pornografía no está amparada por la libertad de expresión.

En mi concepto, estos apartes de la sentencia presentan dos inconvenientes. Primero, aunque esa descripción del concepto de pornografía puede ser razonable, no es la única posible, no se trata de un concepto que haya sido previamente definido por la ley o la jurisprudencia de este Tribunal para resolver un caso concreto, ni hacía falta presentarla a manera de obiter dicta. Segundo, me parece que en Colombia aún no se ha discutido si la pornografía está amparada por la libertad de expresión, ni, en caso de que la respuesta sea afirmativa, cuáles son sus límites constitucionalmente admisibles. Es desafortunado entonces que, en un obiter dicta, se plantee una respuesta absoluta a uno de los problemas más complejos en materia de libertad de expresión. [104]

Fecha ut supra,

María Victoria Calle Correa

Magistrada

[1] Con el fin de proteger el derecho fundamental a la intimidad de la actora, la Sala ha decidido reemplazar las referencias a su identificación en el presente proceso por letras mayúsculas.

[2] Por medio del cual se aprueba y adopta el reglamento estudiantil aplicable a los estudiantes de la escuela de cadetes ‘General José María Córdova’

[3] Artículo 104. Faltas Gravísimas. Se considera falta disciplinaria gravísima el incurrir en las siguientes conductas (...) 47.- “Grabar, tomar o permitir que se graben o tomen escenas de pornografía, prácticas sexuales, actos obscenos o poses vulgares donde se utilice el

uniforme o donde aparezcan las instalaciones de cualquier unidad MILITARR o símbolos o insignias de la institución MILITARR.”

[4] Artículo 104. Faltas Gravísimas. Se considera falta disciplinaria gravísima el incurrir en las siguientes conductas (...) 47.- “Grabar, tomar o permitir que se graben o tomen escenas de pornografía, prácticas sexuales, actos obscenos o poses vulgares donde se utilice el uniforme o donde aparezcan las instalaciones de cualquier unidad MILITARR o símbolos o insignias de la institución MILITARR.”

[5] T-768 de 2013, T- 549 de 2010 entre otras.

[6] Sentencia C-543 de 1992.

[7] Varias razones imponen el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales: “Sin embargo, el panorama es claro ya que como regla general la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales y esto por varios motivos. Entre ellos, en primer lugar, el hecho que las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; en segundo lugar, el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos y la garantía del principio de seguridad jurídica y, en tercer lugar, la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático.” Sentencia C- 590 de 2005.

[8] Ratio decidendi que fue necesario reiterar de forma expresa en la sentencia C-590 de 2005: “Se ha sostenido que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-543-92, declaró la inexecutable de varias disposiciones legales que permitían la tutela contra sentencias. Con base en esa referencia se afirma que el amparo constitucional de los derechos fundamentales no procede contra decisiones judiciales porque así lo estableció esta Corporación en un fallo de constitucionalidad; fallo que, a diferencia de las decisiones proferidas con ocasión de la revisión de las sentencias de tutela, tiene efectos erga omnes [...] a través de la sentencia C-543/92 la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, disposiciones que consagraban la acción de tutela contra decisiones judiciales. No obstante, en esa oportunidad la Corte

indicó de manera expresa que la acción de tutela sí podía proceder contra omisiones injustificadas o actuaciones de hecho de los funcionarios judiciales, cuando quiera que las mismas vulneraran los derechos fundamentales.”

[9] Sentencia T-572 de 1994.

[10] Reiterados en múltiples pronunciamientos de la Corte, dentro de los que conviene mencionar la sentencia SU-813 de 2007.

[11] Sentencia C-590 de 2005.

[12] Sentencia C-590 de 2005.

[13] Como se advirtió en la sentencia T-173 de 1993, esta exigencia procura evitar que la acción de tutela se convierta en un instrumento para involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

[14] Sentencia C-590 de 2005.

[15] Sentencia T-504 de 2000.

[16] Sentencia C-590 de 2005.

[17] “No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.” Sentencia C-590 de 2005.

[18] Sentencias T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001.

[19] Sentencia T-522 de 2001.

[20] No obstante la importancia de la presentación de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, este Tribunal ha advertido sin embargo la imposibilidad de definir fronteras estrictas entre ellas: “En este punto es necesario aclarar que los arriba mencionados no son conceptos cuyas fronteras

hayan sido enunciadas de manera definitiva por la Corte Constitucional. Muchos de los defectos presentes en las decisiones judiciales son un híbrido de las tres hipótesis mencionadas, y muchas veces, es casi imposible definir las fronteras entre unos y otros. Por ejemplo, el desconocimiento de la ley aplicable al caso concreto debido a una interpretación caprichosa (sin el fundamento argumentativo adecuado) o arbitraria (sin justificación alguna) de la normatividad, muy seguramente dará lugar a la vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de (i) la actividad hermenéutica antojadiza del juez (defecto sustantivo) y (ii) de la denegación del derecho al acceso a la administración de justicia que tal entendimiento de la normatividad genera (defecto procesal).”. Sentencia T-701 de 2004.

[21] Corte Constitucional, Sentencia T-757 de 2009.

[22] Sentencia C-590 de 2005.

[23] Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 y T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-545 de 2010, T-1029 de 2010, T-581 de 2011 y T-762 de 2011.

[24] En el mismo sentido ver la T-545 de 2010.

[25] Sentencia T-189 de 2005.

[26] Ver sentencia T-205 de 2004.

[27] Sentencia T-800 de 2006.

[28] Sentencia T-522 de 2001.

[29] Sentencia SU-159 de 2002.

[30] Sentencia T-051 de 2009, T-1101 de 2005 y T-1222 de 2005.

[31] Sentencia T-462 de 2003 y T-001 de 1999.

[33] Sentencia T-814 de 1999, T-842 de 2001 y T-1244 de 2004.

[34] Sentencia T-018 de 2008.

[35] Sentencia T-086 de 2007.

[36] Sentencia T-231 de 1994.

[37] Sentencia T-807 de 2004.

[38] Sentencia T-056 de 2005.

[39] Sentencia T-114 de 2002, T-1285 de 2005.

[40] Sentencia T-086 de 2007.

[41] Ver la sentencias T-292 de 2006, SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.

[42] Sentencias T-193 de 1995, T-949 de 2003 y T-1285 de 2005.

[43] Sentencia T-086 de 2007.

[44] Sentencias SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000, T-522 de 2001 y T-047 de 2005.

[45] Sentencia T-086 de 2007.

[46] Acuerdo # 050 de 2010, “por medio del cual se aprueba y adopta el reglamento estudiantil aplicable a los estudiantes de la escuela de cadetes ‘General José María Córdova’”

[47] Num. 2 Art. 2. Acuerdo # 050 de 2010.

[48] Parágrafo. Art. 3. Acuerdo # 050 de 2010.

[49] Para esta explicación, la Corte Constitucional seguirá la idea descriptiva contenida en “Derecho del Entretenimiento para adultos” de Natalia Tobón Franco y Eduardo Varela

Pezzano. Págs 12 a 16,
[www.nataliatobon.com/.../Derecho_del_Entretenimiento_para_Adultos].

[50] <http://www.rae.es>

[51] (...)

[52] Ob Cit. “Derecho del Entretenimiento (...)Tobón Franco y Varela Pezzano (...)”. Definición presentada como “una adaptación (...) del artículo 2º del Decreto 1524 de 2002 que define la pornografía infantil”, en la que se reemplaza la alusión a los “menores de edad” por las “personas” en general.

[53] [Cita de la obra consultada] Rodríguez Ramos, Luis; Colina Oquendo, Pedro; Fernández Jiménez, Ana; & Gil de la Fuente, Juan. Código penal español. Comentado y con jurisprudencia. La Ley, 2ª ed., Madrid, 2007, p. 458

[54] [Cita de la obra consultada] Al respecto, véase Cairo, Mariana; Ciccone, Vanesa & García, Jorgelina. Erotismo. Estudio sobre televisión, erotismo y pornografía. Publicaciones digitales COMFER,
http://www.comfer.gov.ar/web/Varios/Estudios/Contenido_en_los_medios/erotismotv.pdf.

[55] Attorney General’s Commission on Pornography, 1986

[56] Frente a esto se concluye en “Derecho del Entretenimiento... Tobón Franco y Varela Pezzano...” Ob Cit: “Como se observa, cada uno de estos criterios lleva consigo un grado alto de subjetividad. Tal vez el juez norteamericano que afirmó: —no puedo definir lo que es pornografía ni obscenidad pero lo reconozco cuando estoy frente a ello-, tenía razón. [Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964)]”

[57] NINO, Carlos Santiago. “La Autonomía Constitucional”. En La Autonomía Personal. Varios Autores. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1992. Págs, 53 y 54.

[58] C-639 de 2012.

[59] Fundamento Jurídico número 20.

[60] Ibíd

[61] Ibíd

[62] C-639 de 2010: “También, incide en el logro del equilibrio entre la vigencia de la orientación axiológica de las normas constitucionales y el sentido de las alternativas de acción escogidas legítimamente por la comunidad, el contenido de la exigencia contemplada en el artículo 209 Superior, según el cual la administración pública ‘está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (...) {y} debe coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.’”

[63] Vid. entre otras las sentencias T-532 de 1992 y C-221 de 1994.

[64] Vid. entre otras la sentencia T-124/98: “Vivir en comunidad y experimentar la sensación de ser iguales y libres constitucionalmente frente a los demás, incluye también la posibilidad de actuar y sentir de una manera diferente, en lo que concierne a las aspiraciones y a la autodeterminación personal. La potestad de cada quien para fijar esas opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho, protegido constitucionalmente y ligado sin duda alguna a los factores más internos de la persona y a su dignidad, se manifiesta singularmente en la definición consciente y responsable que cada persona puede hacer frente a sus propias opciones de vida y a su plan como ser humano, y colectivamente, en la pretensión de respeto de esas decisiones por parte de los demás miembros de la sociedad”. También, SU-510 de 1998. “El hombre es un ser que se domina a sí mismo por medio de la razón, lo que implica su capacidad de autodeterminación.” (S.V. parcial a la SU-510 de 1998. Vladimiro Naranjo M.). En el mismo sentido, C-660 de 2000 y C-718 de 2006.

[65] Uno de los argumentos que la Corte Constitucional utilizó en el juicio de proporcionalidad que pretendió determinar la aplicación ponderada del derecho a la dignidad de las mujeres y del principio de respeto y protección de la vida, en el estudio de constitucionalidad de la disposición jurídica que penaliza la conducta del aborto [C-355 de 2006], interpretó que uno de los contenidos normativos del mencionado derecho a la dignidad consiste en la posibilidad de decidir autónomamente cuestiones relativas al

desarrollo personal. Se sostuvo que: “La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.” Además, en materia de salud se dijo en la citada C-355 de 2007 lo siguiente: “...el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros.”

[66] SU-337 de 1999. Fundamento jurídico número 10.

[67] C-221 de 1994

[68] Ibídem

[69] Por ejemplo medidas de protección como el cinturón de seguridad en automotores. También la obligación de la imposición de algunas vacunas sobre lo cual se dijo en sentencia SU-037 de 1999: “En otras ocasiones, el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros, lo cual puede justificar, dentro de ciertos límites, la realización de ciertos procedimientos, incluso contra la voluntad de la propia persona. Esto explica la obligatoriedad de ciertas vacunas que protegen contra enfermedades muy contagiosas, susceptibles de afectar gravemente la salud colectiva, o la imposición de ciertas medidas sanitarias, como el aislamiento o la cuarentena de los enfermos, para evitar la propagación de una epidemia.” [Fundamento jurídico número 13]

[70] Sobre el particular ha agregado la Corte: “Para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado. En consecuencia, simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales (CP art. 15), o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de este derecho.” [T-532/92. Fundamento Jurídico # 3].

[71] Reiterada en sentencia T-653 de 2008

[72] Se concluyó pues, que en materia del cuidado de la salud y del correspondiente sometimiento a tratamientos médicos para conjurar dolencias físicas, se podía asumir por regla general, que superadas las discusiones sobre cuáles son los procedimientos propios de determinadas patologías (idoneidad), las valoraciones alrededor de su eficacia y su consecuente conveniencia en cada caso concreto forman parte de la esfera de autonomía del paciente, quien tiene derecho a tomar en cuenta los factores que considere pertinentes, incluso otros criterios médicos o de otra índole, como por ejemplo culturales, religiosos o estéticos, para decidir si se somete o no a un tratamiento médico. También, en este punto específico de decisiones concernientes al cuidado de la salud, en la T-493 de 1993 la Corte revisó un caso en el que una persona interpuso acción de tutela con el fin que se ordenara a un familiar someterse a un tratamiento para tratar el cáncer, se sostuvo que se desconocía “...el mandato constitucional del artículo 16, que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad ‘sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico’, en cuanto coartan la libertad (...) de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y las modalidades del mismo, e interfieren indebidamente la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida. La decisión (...) de no acudir a los servicios médicos (...), entre otras razones, por lo costosos que ellos resultan, su razón valedera de no querer dejar sola a su hija en la casa, su especial convicción de que “Cristo la va a aliviar”, y de que se siente bien de salud, no vulnera ni amenaza los derechos de los demás, ni el orden jurídico; por consiguiente, merece ser respetada, dentro del ámbito del reconocimiento de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.” De igual manera, cuando la Corte estudió la constitucionalidad de la norma que penaliza el homicidio por piedad (C-239 de 1997), analizó la relación de la dignidad de las personas con la valoración individual de la propia condición de salud, y la consecuencia de que dicha relación se diera bajo factores externos.

Afirmó por ello esta Corporación que “[n]ada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad. Rorty lo ha expresado en palabras exactas: quien adhiere a esa cosmovisión humanística, es una persona que piensa “que la crueldad es la peor cosa que puede haber.” [C-239 de 1997 citando a

Richard Rorty. Contingencia Ironía y Solidaridad. Ediciones Paidós, Barcelona, 1991, Pg.154]

Más recientemente en la citada C-355 de 2007, en la cual esta Corporación estudió la constitucionalidad de la disposición jurídica que penaliza la conducta del aborto, se sostuvo lo siguiente: "...el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros."

[73] ROSENKRANTZ Carlos F. "El valor de la Autonomía". En La autonomía Personal. Cuadernos y Debates # 37. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1992. Pág. 17

[74] SCANLON T. "The relevance of choice". Citado en ROSENKRANTZ Carlos F. "El valor de...". Ob Cit

[75] PEREZ TRIVIÑO José Luis. La Relevancia de la Dignidad Humana. En DOXA 30. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Ed Centro de Estudios Constitucionales. 2007. Citando a DILLON R, "Dignity, Character and Self-Respect". New York- London: Routledge.

[76] Ibíd.

[77] NINO, Carlos Santiago. "La Autonomía Constitucional". (...) Ob Cit. Pág 54

[78] Esta distinción entre dignidad, conciencia de la dignidad y expresión de la dignidad es tomada de GARZÓN VADES Ernesto, "¿Cuál es la relevancia Moral de la Dignidad humana?". En Bulygin E. El positivismo Jurídico. Fontamara. México 2006; citado en PEREZ TRIVIÑO... La Relevancia de... DOXA 30. Ob. Cit

[79] T-062 de 2011. Fundamento jurídico número 6

[80] Ibídem: "En otras palabras, la identidad sexual no puede conformar, en sí mismo, un parámetro para la imposición de tratamientos discriminatorios, ni menos sanciones o diferenciaciones jurídicas que impongan límites, barreras, distinciones o requisitos más gravosos para el logro de finalidades propias del ordenamiento legal, de cualquier índole. Esta regla se hace evidente, entre otros fallos, en la sentencia C-336/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), en la cual la Corte estudió la constitucionalidad de las normas que

restringían el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo. En esa decisión se hizo una descripción de las normas constitucionales, los pronunciamientos de organismos de derecho internacional de los derechos humanos y los precedentes más importantes de esta Corporación, que llevan a concluir que la identidad sexual es uno de los motivos constitucionalmente prohibidos de discriminación. Sobre el particular, en la sentencia en comento se expresó lo siguiente:

“5.6. La prohibición de someter a las personas a tratos discriminatorios por razones de sexo, también encuentra fundamento en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, a lo cual se agrega la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos, que según lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política, prevalecen en el orden interno y son criterio interpretativo de los derechos constitucionales en cuanto contengan un estándar de protección mayor al que consagra la Carta o la jurisprudencia constitucional Cfr., entre otras, las sentencias C-010 de 2000; C-004 de 2003; y T-453 de 2005.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por medio de la Ley 74 de 1968, en el artículo 26 del Primer Protocolo Facultativo establece:

5.7. El Comité de Derechos Humanos encargado de la interpretación del Pacto ha afirmado que la categoría “orientación sexual” está incluida dentro del término “sexo” del artículo citado. Fue así como el Comité de Derechos Humanos resolvió en el año 2003 una causa fundada en hechos similares a los referidos por los demandantes en el presente caso. El 18 de septiembre de 2003, el Comité, mediante Comunicación Nº 941/2000, publicó la decisión que resolvió el caso Young Vs. Australia. [Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Comunicación Nº 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C78/D941/2000].

La decisión tuvo que ver con la solicitud de pensión de “persona a cargo” elevada por el compañero permanente de quien falleció luego de 38 años de convivencia; el demandante afirmó ser víctima de la violación del artículo 26 del Pacto, porque el Estado australiano le había negado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, por cuanto la legislación interna sólo consideraba como beneficiario al compañero o compañera de diferente sexo.

5.8. Si de conformidad con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, las personas pueden buscar su propia identidad y la opción de vida que deseen llevar, inclusive

respecto de su orientación sexual, y no pueden ser discriminados por ello, tales derechos fundamentales, garantizan con relación a los homosexuales, un trato justo, respetuoso y tolerante hacia ello y hacia su condición (T-268 de 2000).

[81] [Énfasis del texto] C-431 de 1999.

[82] Sentencia C-098/96. Al respecto se agregó en la T-062 de 2011: “Sin embargo, pese a que la Constitución consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad y por tanto la libre opción sexual, y además prohíbe la discriminación por razón del sexo de las personas, las parejas homosexuales han sido tradicionalmente discriminadas, y solo han logrado reconocimiento jurídico y protección merced a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. (T-268 de 2000). También se hizo referencia a que en la Sentencia C-075 de 2007, estableció que el reconocimiento de determinadas garantías a las parejas heterosexuales puede corresponder a una forma de discriminación para las parejas homosexuales, cuando a éstas no se les reconoce lo mismo sin suministrar una explicación objetiva y razonable.

Respecto del tratamiento dispensado a los integrantes de la comunidad homosexual, en la misma providencia la Corte precisó: (i) La Constitución Política proscribe toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas; (ii) Existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) Corresponde al legislador establecer las medidas para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento; y, (iv) Toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente. Sentencia C-075 de 2007 en la que se concluyó una ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual que resulta lesiva de la dignidad de la persona humana y contraria al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscribida por la Constitución, en cuanto comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.

[De igual manera] mediante sentencia C-811 de 2007, la Corte reitera las consideraciones hechas en la sentencia C-075 de 2007 en cuanto a los derechos al libre desarrollo de la personalidad e igualdad de que son titulares las parejas del mismo sexo, dispuso que el régimen de protección consagrado en el Plan Obligatorio de Salud se aplica también a las parejas del mismo sexo.

En este pronunciamiento, la Corte concluyó que la vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo en relación con el Plan Obligatorio de salud comporta para éstas un déficit de protección inadmisibles a la luz de la Constitución.

5.12. Los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional llevan a considerar que aunque la legislación positiva no establezca de manera expresa un determinado ámbito de garantías para la comunidad homosexual, ello no ha sido obstáculo para que en áreas específicas, como la relacionada con el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho y la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, la jurisprudencia haya reconocido un tratamiento igual para las parejas heterosexuales y homosexuales.

De lo señalado en la jurisprudencia constitucional se concluye que, al igual que como sucede con los demás criterios sospechosos de discriminación, para que puedan imponerse un tratamiento diferenciado fundado en la identidad sexual, debe estarse ante (i) una razón suficiente para ello; y (ii) cumplirse con un juicio estricto de constitucionalidad, el cual demuestre que la medida basada en dicho tratamiento es la única posible para cumplir con un fin constitucional imperioso. En caso que no se cumplan estas estrictas condiciones, la medida devendrá incompatible con los postulados constitucionales.”

[83] [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional, sentencia T-622 de 2005 (MP Alvaro Tafur Galvis); en este caso se decidió que “[...] las autoridades de la Cárcel Villahermosa de Cali, han autorizado y consentido en la práctica de las requisas cuya queja presentan las demandantes, sin que medie procedimiento alguno que dé cuenta de su justificación en algún caso concreto, las sentencias de instancia serán revocadas, por las razones expuestas en esta providencia y se concederá la protección invocada de los derechos fundamentales de las accionantes, en el sentido de que tanto los visitantes como los internos de la Cárcel Villahermosa de Cali no serán sometidos a tratos crueles, inhumanos y degradantes, ni las mujeres visitantes discriminadas al tener su período menstrual y tomar esa condición como

limitante para que puedan realizar las visitas a que tienen derecho los internos, para lo cual el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC-deberá dotar a la Cárcel Villahermosa de Cali, si ésta no la tuviera, de la tecnología que permita detectar armas, explosivos y sustancias adictivas, sin someter a las personas que deben soportar las requisas a prácticas contrarias a su dignidad, sino sólo las requisas de sus ropas, objetos personales y los elementos que pretenden ingresar al penal, necesarias para mantener la disciplina y la seguridad carcelaria.”. En el mismo sentido, ver las sentencias T-1069 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil).

[84] [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional, sentencia T-848 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[85] NINO, Carlos... “La Autonomía... . Ob Cit

[86] Ibíd.

[87] Ibíd.

[88] Ibíd.

[89] Sentencia T- 598 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[90] En concreto, los videos presentan a la demandante Cadete, sola en la escena, en las instalaciones del baño del alojamiento de las cadetes femeninas del Bacad-2 de la Escuela MILITAR ‘General José María Córdova’, con la pijama distintiva de las cadetes de la Escuela; se desnuda, se toca sugestivamente y se masturba con distintos elementos, mientras habla por teléfono celular.

[91] Con un informe de lo sucedido de la Teniente Rojas Vargas dirigido al Coronel Zabala, quien ese mismo día (2 de marzo de 2011) expide oficio mediante el cual inicia investigación disciplinaria 005, y ordena tomar declaraciones de las personas implicadas en el hallazgo de los videos, así como la entrega formal del computador personal de la disciplinada, entre otros.

[92] Se realiza inspección al computador de la disciplinada, con el fin de verificar el contenido de los videos de contenido sexual, y se practican diligencias de “versión libre

espontánea” de la Cadete Ávila Rivera, la Teniente Rojas Vargas, la Cadete YY, la Cadete ZXZ y la Cadete MILITARR Rincón, por parte de la funcionaria de instrucción Subteniente Diana Carolina López Gutiérrez.

[93] Artículo 104. Faltas Gravísimas. Se considera falta disciplinaria gravísima el incurrir en las siguientes conductas (...) 47.- “Grabar, tomar o permitir que se graben o tomen escenas de pornografía, prácticas sexuales, actos obscenos o poses vulgares donde se utilice el uniforme o donde aparezcan las instalaciones de cualquier unidad MILITARR o símbolos o insignias de la institución MILITARR.”

[94] Sentencia SU-159 de 2002.

[95] Sentencia T-051 de 2009, T-1101 de 2005 y T-1222 de 2005.

[96] Sentencia T-462 de 2003 y T-001 de 1999.

[97] Sentencia T-114 de 2002, T-1285 de 2005.

[98] Sentencia T-086 de 2007.

[99] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[100] Ver las Sentencias SU-086 de 1999, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo; T-590 de 2002, M. P.: Jaime Araújo Rentería; T-600 de 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; T-514 de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett; T-771 de 2004 M. P.: Rodrigo Uprimny Yepes; T- 995 de 2007, M. P.: Jaime Araújo Rentería; T-387 de 2009, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto; T-076 de 2011, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[101] Ver, por ejemplo, Sentencias T-1110 de 2002, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra y T-768 de 2013.

[102] Sentencia SU-901 de 2005 M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[103] Sentencia T-350 de 2011, M. P.: María Victoria Calle Correa

[104] En la sentencia T-391 de 2007, en el que la Corte Constitucional estudió una tutela contra un programa radial realizado por la emisora. En el texto de la parte considerativa se

adelantaron algunas consideraciones sobre los conceptos de obscenidad y pornografía en el derecho comparado, y se afirmó que la pornografía infantil está absolutamente prohibida (lo que comparto). Pero dado que el problema jurídico no tocaba directamente a la pornografía como expresión protegida o prohibida por el orden superior, estimo que se trata de una pregunta abierta y que, muy probablemente, deberá definirse caso a caso, dada la potencial variedad de contenidos sexuales.