

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-456/24

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL Y OCUPACIONAL REFORZADA-Vulneración por decisión de desacuartelamiento de mujer embarazada cuando prestaba servicio militar voluntario

(La autoridad accionada) vulneró los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad humana y al mínimo vital de (la accionante) al ordenar el desacuartelamiento del servicio militar como auxiliar de policía debido a su estado de embarazo. Esta vulneración se produjo porque la accionada (i) no efectuó una interpretación del texto de la norma aplicable por analogía, de manera acorde con la protección especial a la maternidad, y (ii) le atribuyó un alcance que no tiene, lo que resultó en un acto discriminatorio contra la accionante.

PRINCIPIO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y ASISTENCIA A LA MUJER EMBARAZADA O EN PERIODO DE LACTANCIA-Contenido y alcance

ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA PARA MUJERES EMBARAZADAS Y EN ESTADO DE LACTANCIA-Subreglas jurisprudenciales para la protección

SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO PARA LAS MUJERES-Finalidad

SERVICIO MILITAR-No genera relación laboral, ni contrato de trabajo

(...) el Consejo de Estado ha reiterado que la ley reconoce a quienes prestan el servicio militar obligatorio una serie de prestaciones que, de cualquier forma, “no pueden catalogarse como laborales y tampoco se asimilan al régimen a for fait previsto por la ley para los soldados profesionales”.

SERVICIO MILITAR-Condiciones y beneficios

SERVICIO MILITAR-Desacuartelamiento

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA O GESTANTE-Procedencia excepcional

EXHORTO-Congreso de la República

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Sexta de Revisión

Referencia: Expediente T-9.268.316

Revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la solicitud de tutela presentada por Luz Alieth Beltrán Medina en contra de la Policía Nacional

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Síntesis de la Decisión. Le correspondió a la Sala revisar los fallos de tutela que resolvieron sobre las pretensiones de la accionante, relacionadas con la garantía de la estabilidad laboral reforzada prevista a favor de la mujer en estado de embarazo, presuntamente, vulnerada como consecuencia del desacuartelamiento y, en consecuencia, retiro del servicio militar voluntario de una mujer, a causa de su embarazo.

La Sala constató que la demanda cumplió los requisitos de procedencia ya que, si bien la accionante contaba con mecanismos judiciales para controvertir la legalidad del acto administrativo y obtener el restablecimiento de sus derechos, estos no resultaban idóneos, de acuerdo con las particularidades de la actuación administrativa que se cuestiona, ni eficaces, en atención a las circunstancias en que se encuentra el solicitante y a las especificidades del caso.

Al estudiar el fondo del asunto, evidenció que la accionada vulneró los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad humana y al mínimo vital de Luz Alieth Beltrán Medina al ordenar su desacuartelamiento del servicio militar como auxiliar de policía debido a su estado de embarazo. En particular, porque la accionada (i) no efectuó una interpretación de la disposición a partir de la cual justificó el desacuartelamiento, de manera acorde con la protección especial a la maternidad, y (ii) le atribuyó a la norma un alcance que no tenía para la situación específica de la mujer en estado de embarazo, lo que dio lugar a un trato discriminatorio. En consecuencia, la Sala dejó sin efecto la Resolución n.º 0368 del 16 de julio

de 2022 proferida por el comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá. En su lugar, le ordenó reincorporar a la accionante por el tiempo restante para finalizar la prestación del servicio militar, si así lo desea, en una labor acorde con la condición que dio lugar a la protección ocupacional, garantizar la atención en salud tanto para ella como para su hijo hasta su finalización, pagar los emolumentos legales dejados de percibir, así como la licencia de maternidad. Además, instó a la Policía Nacional para que se abstenga de llevar a cabo cualquier actuación que pueda resultar en tratos discriminatorios contra las mujeres. Finalmente, exhortó al Congreso de la República para valorar la conveniencia de revisar y adoptar medidas legislativas relacionadas con la protección de la mujer embarazada que se incorpora a prestar el servicio militar voluntario.

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veinticuatro (2024).

La Sala Sexta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, decide sobre la revisión del fallo de tutela proferido el 10 de febrero de 2023 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la sentencia del 16 de diciembre de 2022 dictada por el Juzgado Cuarenta y Dos Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, que declaró improcedente la solicitud de amparo en el proceso de tutela promovido por Luz Alieth Beltrán Medina en contra de la Policía Nacional, radicado en la Corte Constitucional con el número de expediente T-9.268.316.

I. ANTECEDENTES

El 5 de diciembre de 2022, Luz Alieth Beltrán Medina presentó solicitud de tutela en contra de la Policía Nacional, la Dirección General de la Policía Nacional, la Policía Metropolitana de Bogotá y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional. Consideró que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana, a la vida digna, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, por haberla desacuartelado del servicio militar en razón a su estado de gestación.

Hechos

1. 1. El 7 de septiembre de 2021, la accionante se incorporó a la Policía Nacional para prestar el servicio militar voluntario como auxiliar de policía.

3. El 16 de julio de 2022, el comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá profirió la Resolución n.º 0368 mediante la cual ordenó desacuartelar a la accionante del servicio militar, así como a otras auxiliares de policía en estado de gestación, con base en la facultad de disponer el desacuartelamiento del personal de acuerdo con las causales previstas en los literales b), c), d), e), f), g), h), i), j) y k) del artículo 71 de la Ley 1861 de 2017.

4. El 17 de noviembre de 2022, nació el hijo de la accionante, el cual, según afirmó, “quedó por fuera”, al igual que la accionante, del servicio de Sanidad de la Policía Nacional.

2. Pretensiones y fundamentos de la tutela

5. La accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la vida digna, a la salud, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, presuntamente vulnerados como consecuencia de la orden de desacuartelamiento del servicio militar debido a su embarazo, “dejándo[la] totalmente desprotegida toda vez que dej[ó] de percibir la bonificación, y a la vez se desprotegió al bebé que estaba próximo a nacer”. En consecuencia, pidió que (i) se ordene su reintegro a la Policía Nacional para culminar el servicio militar como auxiliar de policía; (ii) “se entienda como efectivamente laborado, el tiempo transcurrido entre el retiro y la fecha en que sea reintegrada a la institución”; (iii) le sean asignadas labores acordes a las recomendaciones del médico tratante; (iv) se tenga en cuenta que “siempre deb[e] permanecer en la ciudad de Bogotá, o donde resid[e] junto con [su] hijo, en horarios que [le] permitan velar por su bienestar” y (iv) “advertir a las directivas de la Policía Nacional, que no deben incurrir en hechos similares atentatorios de [sus] derechos fundamentales, poniendo en riesgo [su] vida y la de [su] hijo”.

3. Respuesta de las entidades accionadas

6. Policía Metropolitana de Bogotá. Solicitó declarar improcedente la tutela y negar el amparo. De un lado, sostuvo que la solicitud era improcedente por el incumplimiento del requisito de subsidiaridad, dada la existencia de otros mecanismos judiciales para controvertir el acto administrativo de desacuartelamiento, pues “la señora Luz Alieth Beltrán Medina claramente debió agotar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por ser el mecanismo idóneo de defensa judicial”.

7. De otro lado, manifestó que no vulneró los derechos fundamentales de la actora, por

cuanto, “si bien es cierto la señora Auxiliar de Policía Luz Alieth Beltrán Medina, fue quien de manera voluntaria decidió prestar su servicio militar en la Policía Nacional, durante el proceso de selección de incorporación adelantado en el año 2021 [...] era conocedora que el tiempo que iba a permanecer en esta Institución Policial bajo esta modalidad, era un periodo transitorio y no definitivo”. Además, “no es cierto que a [la accionante] por estar en periodo de gestación, se le retiró del servicio activo de la Policía, toda vez que la decisión emitida [...] se hizo con fundamento en garantizar los derechos del nasciturus”, pues, “al sobrevenir una de las causales de exoneración para la prestación del servicio militar” previstas por el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, “[es] posible solicitar el desacuartelamiento una vez se tenga conocimiento de alguno de los impedimentos contemplados en las mismas, en el caso concreto el estado de gravidez”. Agregó que, en gracia de discusión, los “auxiliares de policía hombres o mujeres que definen su situación militar, no tienen vínculo laboral con la Policía Nacional, sino simplemente cumplen con un deber u obligación constitucional, por lo tanto, no perciben salario, ni ningún emolumento diferente, sino stricto sensu los beneficios que estipula la [L]ey”. Por ende, “en el caso de la mujer en estado de gravidez [que] presta el servicio militar, no se obliga a sostener una estabilidad laboral reforzada”.

8. Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – Hospital Central. Solicitó su desvinculación del trámite constitucional, por cuanto “la competencia que le asiste [...] es la atención de pacientes en el servicio de urgencias, hospitalización, procedimientos médicos y quirúrgicos de alta complejidad de los usuarios del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, y no el reintegro al servicio militar obligatorio”. Por otra parte, informó que la accionante “recibió atención de salud en el Hospital Central de la Policía, en calidad de titular no cotizante, sin realizar ningún pago, de acuerdo [con] la normatividad [sic] que rige el Subsistema de Salud de la Policía Nacional”. Agregó que conforme al artículo 23 del Decreto 1795 de 2000, “los auxiliares de policía no realizan cotizaciones a salud [y] por lo tanto no tienen derecho a tener algún beneficiario”, pues “el Subsistema de Salud de la Policía Nacional, al ser un régimen excepcional, no cubre los servicios de salud de los hijos de los auxiliares de policía”. En esos términos, es responsabilidad de la accionante afiliar a su hijo recién nacido al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al régimen contributivo o subsidiado.

9. La Dirección General de la Policía Nacional guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

10. El 16 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarenta y Dos Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá declaró improcedente la solicitud de tutela. Para el a quo, no se acreditaron los “dos criterios que debe analizar el juez para que proceda el amparo reforzado de la estabilidad laboral derivado de la maternidad”, por cuanto (i) no se demostró la existencia de un vínculo laboral entre Luz Alieth Beltrán Medina y la Policía Nacional, pues, “aunque se trate de la prestación de un servicio voluntario y del cual se produzca una subordinación, lo cierto es que no es susceptible de remuneración” y, por tanto, “no [se da] una vinculación laboral o de prestación de servicios con remuneración o que gener[e] honorarios, por lo tanto, no se puede predicar que se cumple este postulado”. (ii) Aunque la señora Beltrán estaba embarazada al momento de su retiro, su desvinculación se realizó con sujeción a las normas vigentes y “de acuerdo con el presupuesto de protección hacia la persona que está por nacer”. Por tanto, no se cumplieron los requisitos para aplicar el amparo reforzado de la estabilidad laboral derivado de la maternidad.

11. Finalmente, concluyó que no se acreditó un riesgo de perjuicio irremediable inminente, urgente y grave, “toda vez que la resolución por medio de la cual [la actora] fue desacuartelada como auxiliar de policía sucedió en julio de 2022 y solo hasta noviembre siguiente interpuso acción de tutela, por lo que, no se acreditaría la afectación del mínimo vital”.

5. Impugnación

12. El 21 de diciembre de 2022, la accionante manifestó “presentar recurso de apelación en contra de la sentencia de tutela de primera instancia”, sin exponer argumentación alguna.

6. Sentencia de segunda instancia

13. El 10 de febrero de 2023, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión. En su criterio, al prestar el servicio militar voluntario, la accionante “no ostentaba ningún vínculo laboral con la Policía Nacional, sino que simplemente cumplía con un deber u obligación constitucional, de ahí que, no se actualiza el primer requisito para la protección del fuero de maternidad, esto es, ‘la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios’. No obstante, de seguir cuestionando la legalidad de la resolución N° 368 de 16 de julio de 2022, la accionante puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa”. Además, consideró que la accionada no desconoció

el derecho a la salud de la tutelante, pues durante el período de gestación y el parto el núcleo familiar de la accionante recibió atención médica por parte del Hospital Central, “luego de lo cual no se allegó ni se respaldó la omisión de la accionante en haberse afiliado, por lo menos al régimen subsidiado, para continuar con los controles respectivos propios y los de su hijo”.

7. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

14. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, el expediente T-9.268.316 fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres de 2023 . Mediante auto de 31 de marzo de 2023, la Sala de Selección ordenó acumular el expediente, junto con los siguientes tres: T-9.262.198, T-9.262.204 y T-9.268.316, al expediente T-9.138.737, seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Uno de 2023, mediante auto del 30 de enero de 2023 y repartido al magistrado sustanciador el 17 de febrero de 2023. Los expedientes acumulados fueron repartidos al magistrado sustanciador el 21 de abril de 2023.

15. Luego del registro y rotación del proyecto de sentencia, la Sala Sexta de Revisión consideró necesario desacumular el radicado T-9.268.316, ya que no guardaba identidad con los demás expedientes, y ponerlo en conocimiento de la Sala Plena con el fin de que decidiera si asumía o no el conocimiento del asunto. En atención al informe presentado ante la Sala Plena por parte del magistrado sustanciador, en su sesión del 6 de marzo de 2024, decidió la desacumulación de los expedientes, en el estado procesal en el que se encontraran, de tal forma que se fallaran en una providencia los radicados T-9.138.737, T-9.262.198 y T-9.262.204, y en una sentencia independiente el radicado T-9.268.316, y que todos ellos continuaran a cargo de la Sala Sexta de Revisión.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

16. La Sala Sexta de Revisión es competente para revisar las sentencias de tutela proferidas en el proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso, problema jurídico, metodología de la decisión y elementos sustantivos de fundamentación de la providencia

17. El asunto bajo examen versa sobre la presunta vulneración de la garantía a la estabilidad reforzada prevista a favor de la mujer en estado de embarazo, como consecuencia, según la accionante, del desacuartelamiento de la prestación del servicio militar voluntario y, en consecuencia, del retiro del servicio militar a causa de su embarazo, sin autorización del Inspector del Trabajo.

18. Los jueces de primera y segunda instancia declararon improcedente la tutela para amparar los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana, al mínimo vital y, por consiguiente, a la estabilidad laboral reforzada de Luz Alieth Beltrán Medina, al considerar que esta no era titular de la garantía, dado que no acreditó: (i) la existencia de una relación laboral, pues la prestación del servicio militar se da en el marco de una vinculación legal y reglamentaria, pero no laboral, y, (ii) aunque la tutelante acreditó estar en embarazo y haber notificado dicha condición a la Policía Nacional, el retiro del servicio por desacuartelamiento se dio con sujeción al marco normativo vigente y con el fin de proteger a la persona que estaba por nacer.

19. En ese contexto, la Sala deberá establecer si los fallos de tutela se encuentran ajustados a derecho al declarar improcedente la solicitud de amparo en los términos expuestos por los jueces. Con este fin, determinará si las accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la salud, a la dignidad humana y al mínimo vital de la actora, al desacuartelar y, por tanto, retirar del servicio militar voluntario a una mujer debido a su estado de embarazo.

20. Para estos efectos, la Sala realizará algunas precisiones sustantivas acerca de (i) la especial protección y asistencia a la madre gestante o lactante, (ii) la garantía de la estabilidad laboral y ocupacional reforzada en favor de la mujer en embarazo o en periodo de lactancia, y (iii) el régimen de prestación del servicio militar de la Policía Nacional y la posibilidad de desacuartelar a la mujer gestante. En seguida, verificará si la solicitud de tutela sub examine acredita los requisitos de procedencia de la tutela en asuntos relativos a la protección de la mujer gestante y lactante en el ámbito laboral. En caso de que ese examen se supere, se pronunciará de fondo respecto de los derechos alegados.

2.1. La especial protección y asistencia a la madre gestante o lactante. Reiteración de jurisprudencia

21. La especial protección y asistencia a la mujer gestante y lactante es un principio constitucional que encuentra fundamento en el artículo 43 de la Constitución, en el derecho a la igualdad y en la prohibición de discriminación en razón del sexo (art. 13), y en la protección de la mujer como “gestora de vida” (art. 11 C.P.), el mandato constitucional de salvaguarda integral de la familia (arts. 5 y 42 C.P.) y los deberes de subsidio alimentario a cargo del Estado si estuviere desempleada o desamparada (arts. 11 y 43 C.P.). Este principio también está previsto en diferentes normas que integran el bloque de constitucionalidad; en particular, en los artículos 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 11.2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 9.2 del Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3 del Convenio 3 de la OIT, entre otras.

22. Este mandato general exige la salvaguarda y la asistencia a favor de todas las mujeres gestantes o lactantes, no sólo de aquellas que se encuentran en el marco de una relación laboral, y se fundamenta en la asistencia que se debe otorgar a las mujeres, como “gestoras de vida”. De allí que no solo representa una garantía para sus derechos fundamentales, sino también para los de sus hijos y protege a la familia como institución constitucionalmente relevante.

23. Esta protección especial obedece a que las mujeres que se encuentran en estado de embarazo son especialmente vulnerables y han soportado “condiciones estructurales o circunstanciales que las sitúan en situación de desventaja” frente a los demás miembros de la sociedad. De ahí que el Estado tiene el deber de adoptar acciones afirmativas para contrarrestar los efectos de esta discriminación estructural, con el fin de promover la igualdad, “garantizar las condiciones de vida dignas de la mujer y su hijo por nacer”, salvaguardar “el ejercicio pleno de la maternidad” y, cuando sea necesario, brindar una protección integral a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

24. El principio de especial protección y asistencia de las mujeres gestantes y lactantes comprende diversos derechos y prerrogativas para las mujeres, así como múltiples obligaciones y deberes correlativos a cargo del Estado y, en algunos casos, de los

particulares. En concreto, la Corte ha sostenido que el ámbito de protección de este mandato abarca principalmente dos garantías: (i) la protección reforzada y diferenciada del mínimo vital, y (ii) la protección cualificada contra la discriminación.

25. En primer lugar, la protección reforzada y diferenciada del mínimo vital. Esta garantía parte del supuesto de que las mujeres embarazadas o lactantes se encuentran en una especial situación de riesgo y tienen necesidades específicas, lo que implica que asegurar su mínimo vital exige medidas de protección diferenciadas o “cuidados especiales propios de dicha condición”, los cuales “modifican no sólo las exigencias médicas, sino cuestiones básicas de su subsistencia como por ejemplo su alimentación”. Al respecto, esta Corte ha precisado que el mínimo vital de la mujer en estado de gravidez “difiere de aquel que se configura cuando ésta ha dado a luz recientemente”, pues en ese evento “las necesidades mínimas se incrementan e involucran las garantías concernientes a la protección del menor recién nacido”.

26. La protección del mínimo vital de la mujer gestante o lactante pretende que esta cuente con los ingresos y recursos económicos para enfrentar con dignidad el embarazo y nacimiento de su hijo, mediante un enfoque diferencial que atienda las particularidades de su condición. Tal protección se concreta, en términos generales, en: (i) un deber prestacional a cargo del Estado, que consiste en el otorgamiento de un subsidio alimentario cuando la mujer se encuentra “desempleada o desamparada” (art. 43 C.P.); (ii) una obligación de atención en salud diferenciada y adecuada y (iii) una garantía de protección de las “condiciones básicas de subsistencia”, que tenga en cuenta las necesidades particulares de la madre gestante o lactante. A partir de ello, esta corporación ha sido enfática en indicar que “el Estado tiene la responsabilidad primaria y preferente de garantizar el mínimo vital de las mujeres en estado de embarazo y lactancia y, por lo tanto, es quien por regla general tiene que asumir las cargas económicas que dicha garantía reforzada supone”.

27. En segundo lugar, la protección cualificada en contra de la discriminación. La cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13 de la Constitución prohíbe la “discriminación por razones de sexo”. De igual forma, su artículo 43 dispone la igualdad de “derechos y oportunidades” entre hombres y mujeres, y la prohibición de “cualquier clase de discriminación” hacia la mujer. De allí que el Estado y los particulares deben (i) garantizar que la mujer gestante y lactante no sea discriminada por encontrarse en esta situación y (ii)

tomar medidas diferenciadas tendientes a asegurar que la igualdad de trato sea real y efectiva. En este sentido, esta Corte ha precisado que la prohibición de no discriminación de las mujeres gestantes se aplica en “todos los ámbitos de la vida social” y “vincula a todas las autoridades públicas”.

28. A partir de lo anterior y con fundamento en el artículo 53 superior, esta protección cualificada se concreta en el ámbito específico de la relación de trabajo mediante la garantía de la estabilidad laboral reforzada o “fuero de maternidad”, para los vínculos regidos por un contrato de trabajo, y la protección ocupacional reforzada para relaciones regidas por otras modalidades contractuales.

2.2. La garantía de la estabilidad laboral y ocupacional reforzada a favor de la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia

29. La protección especial a favor de las mujeres gestantes y lactantes se materializa en el ámbito laboral mediante la garantía de la estabilidad laboral reforzada. Esta tiene como finalidad asegurar la permanencia o continuidad del vínculo laboral de las trabajadoras que se encuentran en estas circunstancias, e impide que la relación laboral culmine con ocasión de estas, es decir, que se fundamente en un motivo discriminatorio. Como lo ha precisado esta Corte, el mecanismo de protección de la garantía a la estabilidad laboral reforzada es el “fuero de maternidad”, el cual está compuesto, principalmente, por tres garantías: “(i) la prohibición general de despido por motivos de embarazo y lactancia; (ii) la prohibición específica de despido durante la licencia de maternidad preparto y postparto; y (iii) la presunción de despido discriminatorio”.

30. De acuerdo con el artículo 241 del CST y las leyes 1468 de 2011 y 1822 de 2017 –que subrogaron el artículo 236 del CST– la prohibición general del despido ampara a la trabajadora durante el embarazo, se extiende durante la licencia de maternidad y el periodo de lactancia. De un lado, esta protección comprende “la licencia de maternidad preparto”, consistente en 1 semana de descanso remunerado previa al parto, así como “la licencia de maternidad posparto”, de 17 semanas de descanso remunerado, posteriores al parto o a la licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto. Cuando el despido se efectúa dentro del periodo de embarazo o durante los 4 meses posteriores al parto se presume discriminatorio, lo que implica la carga del empleador de acreditar una causa objetiva para la

desvinculación y, de tal forma, desvirtuar el despido discriminatorio fundado en el estado de gestación.

31. De otro lado, la estabilidad laboral reforzada ampara a la trabajadora durante el periodo de lactancia, pero con un alcance distinto. La protección especial opera únicamente durante los 4 meses posteriores al parto, por lo que, en el periodo de lactancia, “que actualmente correspondería al periodo siguiente a las 18 semanas posteriores al parto y hasta el sexto mes”, no es aplicable la presunción de despido por causa del embarazo, pese a que permanece la prohibición del despido en razón de la condición de lactancia. Por consiguiente, durante este periodo la trabajadora tiene la carga de probar la ocurrencia de un acto discriminatorio.

32. La prohibición frente al despido discriminatorio en el ámbito laboral prevista en el artículo 239 del CST “no tiene como propósito limitar el ‘margen de apreciación del trabajo que tiene el empleador’ y, por lo tanto, de ella no pueden derivarse prohibiciones irrazonables y desproporcionadas para los empleadores que vayan más allá de la protección de la igualdad”. Esta implica que “ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio del Trabajo que avale una justa causa”. Por tanto, el despido durante el embarazo y el periodo de lactancia, que no atienda a una justa causa y no cuente con autorización del Inspector del Trabajo es ineficaz y da lugar al reintegro, al pago de los salarios, las prestaciones sociales dejadas de percibir y los aportes que correspondan al Sistema de Seguridad Social en Salud y en Pensiones, y al pago de la indemnización por despido discriminatorio prevista en el artículo 239 del CST consistente en 60 días de salario.

33. Si bien esta protección cualificada está instituida a favor de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo o periodo de lactancia, su propósito no es sólo permitir la estabilidad en el empleo y proscribir el despido discriminatorio. También salvaguarda a la trabajadora frente al ejercicio de otras facultades legales y contractuales del empleador, y, en particular, constituye un mecanismo que se orienta a garantizar el mínimo vital y el derecho a la salud de la persona que está por nacer, mediante los cuales se asegura, entre otros aspectos, su acceso a las prestaciones, servicios y tecnologías en salud. En relación con esto último, el Estado tiene el deber primario y preferente de garantizar el mínimo vital de las mujeres en estado de embarazo y lactancia y, por tanto, por regla general, debe asumir las cargas

económicas que dicha garantía supone, de allí que los particulares y, en concreto, los empleadores, no tengan un deber general de garantizar el mínimo vital de aquellas. A estos sólo les corresponde asegurar la igualdad de las mujeres en el entorno laboral y cumplir con sus obligaciones prestacionales, en especial, otorgarles la licencia de maternidad en la época del parto, con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Desplazar al Estado de este deber e imponerlo a los empleadores “fomenta una mayor discriminación”, pues genera que la presencia de las mujeres en la fuerza laboral “sea demasiado costosa y que los empleadores no quieran asumir su contratación”.

34. Además, dado que la estabilidad laboral reforzada tiene como propósito, entre otros, garantizar el mínimo vital, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que “este derecho no sólo implica la protección a la mujer gestante, sino que dicha garantía se extiende al ejercicio pleno de la maternidad”. A partir de lo anterior, como lo señaló esta Corte en la Sentencia T-305 de 2018, “la jurisprudencia ha optado por hablar del derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, por ser una denominación más amplia y comprehensiva y no de un principio de estabilidad laboral reforzada, que remite nominalmente por regla a las relaciones de trabajo dependiente”. Así, en los términos de la jurisprudencia constitucional, la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, “aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad”, e, incluso, se hace extensiva a otro tipo de vínculos contractuales, como los contratos de aprendizaje y los contratos de asociación.

35. Si bien la protección derivada del fuero de maternidad ampara a todas las mujeres, “sin importar la relación laboral o la modalidad del contrato que las cubra”, el grado de protección dependerá de las circunstancias particulares del vínculo, pues, en los términos de la Sentencia SU-070 de 2013, “la modalidad de contratación no hace nugatoria la protección, sino remite al estudio de la pertinencia o alcance de una u otra medida de protección”. Justamente, la regulación o ausencia de regulación en cuanto a la existencia de dichas medidas, “si bien puede obedecer a fines razonables, como defender la libertad de empresa sin imponer cargas desproporcionadas al empleador, considerando las especiales características del contrato”, puede resultar constitucionalmente problemática pues lleva a que algunos sujetos de especial protección constitucional carezcan de una garantía adecuada en el ejercicio de una actividad distinta a la laboral.

36. Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, “al momento de interpretar la normatividad [sic] que rige el contrato [...] cuando está de por medio la eficacia de los derechos fundamentales de sujetos particularmente vulnerables, existen serios motivos de índole constitucional para propiciar una interpretación extensiva de los principios constitucionales que orientan las relaciones laborales, o bien, para aplicar analógicamente las medidas de protección previstas en las normas que abordan de manera integral la protección”. Esto significa que “al evaluar la procedencia de esa aplicación analógica, [...] siguiendo los mandatos del principio de igualdad, [se] debe indagar tanto los aspectos comunes entre el caso no regulado y aquellos plenamente abordados por el Legislador, así como los aspectos en que difieren los casos, y evaluar si la semejanza entre los supuestos de hecho es tan estrecha que deben recibir idénticas consecuencias jurídicas, o si, por el contrario, las diferencias pesan más y sugieren la imposición de consecuencias diversas”. Esto es así, por cuanto, como lo ha manifestado esta corporación, “[l]a estabilidad ocupacional reforzada no es ni se puede convertir en una petrificación contractual absoluta [...]. Es un equilibrio entre el uso que pueden hacer los contratantes de su facultad para despedir, y la garantía que un inspector del trabajo brinda a los derechos de las personas que prestan sus servicios para evitar que se tomen decisiones arbitrarias irrazonables o desproporcionadas. La estabilidad ocupacional reforzada no elimina la facultad de terminar [la] vinculación, sino que obliga a que se use a la luz de la Constitución”.. De allí que, “tal extensión puede imponer cargas importantes a los empresarios, pero su intensidad no es de tal magnitud que justifique la desprotección y discriminación de un grupo que ostenta el derecho a una especial protección constitucional”.

37. En aplicación de dicho estándar, la jurisprudencia constitucional ha indicado que “cuando una persona goza de estabilidad laboral o [sic] ocupacional reforzada, no puede ser desvinculada sin que exista una razón objetiva que justifique la terminación o la no renovación contractual y sin que medie la autorización de la oficina del Trabajo”, por lo que, ante el desconocimiento de este mandato, procede: (i) la ineficacia de la terminación del vínculo y, en consecuencia, el reintegro de la mujer embarazada o la renovación de su contrato “en condiciones análogas a las que tenía al momento de terminarse el último de tales contratos”, a menos que se pruebe la imposibilidad del reintegro o la renovación, (ii) el pago de los honorarios o emolumentos laborales dejados de percibir, lo que dependerá de (a) valorar si con la orden de reintegro se garantiza el mínimo vital de la accionante y (b) si “se cuenta con el material probatorio y debate necesario para establecer de manera definitiva si

la accionante tiene derecho a los valores solicitados”, y (iii) el reconocimiento de las prestaciones de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiriera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad.

38. De manera reciente, en relación con otras modalidades de vinculación que dan lugar a la protección de la mujer embarazada, mediante la Sentencia T-100 de 2024 esta corporación se pronunció, específicamente, sobre la protección a la maternidad de las mujeres que prestan el servicio militar voluntario. En esa oportunidad, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas resolvió una solicitud de amparo promovida por una mujer que prestó el servicio militar voluntario en calidad de auxiliar de policía. Durante la prestación del servicio militar quedó en embarazo, lo que ocasionó su desacuartelamiento. Cuando la accionante dio a luz, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional prestó los servicios de salud, pero posteriormente exigió su pago. Tras constatar que, en el caso concreto, la accionante era madre cabeza de familia, que su único sustento correspondía a la bonificación percibida por la prestación del servicio militar, y que la legislación que rige el servicio militar no contempla la situación de la mujer en embarazo, la Sala amparó los derechos fundamentales a la salud del hijo de la tutelante, así como los derechos a la vida, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la estabilidad reforzada de la actora. En consecuencia, ordenó a la accionada (i) cesar los cobros por los servicios de salud prestados al hijo de la accionante, (ii) reintegrar a la actora a la prestación del servicio militar, si esta así lo deseaba, (iii) pagar las bonificaciones dejadas de percibir y de la licencia de maternidad y (iv) exhortó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para avanzar, dentro de sus competencias, en la adopción de una normativa tendiente a superar el vacío existente frente a la protección de la mujer embarazada que presta el servicio militar voluntario.

39. Como fundamento de su decisión, la Sala Segunda de Revisión de tutelas consideró que aquella protección “no se circunscribe a relaciones sustentadas en la subordinación, sino que se aplica al trabajo desde un punto de vista general”; “por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo”. A partir de lo anterior, concluyó que esta garantía, al igual que la del mínimo vital a favor de la mujer gestante y lactante “implica una protección a la familia, como núcleo esencial de la sociedad y sujeto de amparo integral”. De allí que hubiese considerado que la desvinculación de una mujer madre cabeza de familia, cuyo único sustento era la bonificación percibida como retribución del servicio militar voluntario, derivó

en un acto de discriminación en razón de la decisión de la mujer de procrear, que “tampoco tuvo en cuenta el interés superior del menor de edad, en la medida en que, después del nacimiento, su madre, la encargada de sus cuidados y sostenimiento, no tenía la protección derivada de la estabilidad laboral y ocupacional reforzada y del mínimo vital que se le debía, en atención a la situación particular ya descrita”.

40. En síntesis, la especial protección y asistencia a las mujeres gestantes y lactantes es un principio constitucional que busca garantizar su mínimo vital y evitar que sean discriminadas a “causa de su rol reproductivo”. Este deber de protección tiene un alcance amplio y se extiende a la sociedad y a todas las autoridades, por lo que abarca diversos aspectos de la vida en sociedad. Aunque adquiere una relevancia destacada en el contexto laboral, donde las mujeres han enfrentado y continúan enfrentando discriminaciones significativas debido a la maternidad, también se aplica a otros ámbitos esenciales en los que sea necesario preservar el valor de la vida, proteger la familia, garantizar la asistencia y la seguridad social, y promover el interés superior de los menores de edad.

2.3. El régimen de prestación del servicio militar de la Policía Nacional y la posibilidad de desacuartelar a las mujeres gestantes

41. De acuerdo con el artículo 216 de la Constitución, el servicio militar constituye un deber por el cual todos los colombianos están obligados a tomar las armas para defender la independencia nacional y las instituciones cuando las necesidades públicas así lo exijan. La prestación del servicio militar se sustenta en el artículo 2º de la Constitución, que establece que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, y se deriva del deber de solidaridad y reciprocidad social previsto en su preámbulo, “que exige, de la persona y de la sociedad en general, su contribución para la realización efectiva de los valores que inspiran el ordenamiento constitucional”.

42. En desarrollo de los referidos mandatos constitucionales, la Ley 1861 de 2017 estableció el servicio militar obligatorio como “un deber constitucional dirigido a todos los colombianos de servir a la patria, que nace al momento de cumplir su mayoría edad para contribuir y alcanzar los fines del Estado encomendados a la Fuerza Pública”. Si bien la definición de la situación militar y, por tanto, la prestación del servicio obligatorio se circunscribe a “todo varón colombiano”, también se prevé la posibilidad de que la mujer preste el servicio militar

de manera voluntaria y será obligatorio sólo cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno nacional lo determine.

43. Como lo ha reconocido el Consejo de Estado, mientras que en el servicio militar obligatorio “el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas, en el cual no hay carácter laboral alguno”, en el servicio militar voluntario “el vínculo surge en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción de un contrato laboral”. Esta última modalidad de vinculación como soldado profesional voluntario, difiere de la prestación del servicio militar “de manera voluntaria” prevista por el parágrafo 1 del artículo 4 de la Ley 1861 de 2017, ya que, “a diferencia del soldado profesional, que ingresa en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional, el soldado que presta servicio militar obligatorio se ve impelido a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado”.

44. En los términos expuestos, y conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando el servicio militar obligatorio previsto en el artículo 4 de la Ley 1861 de 2017 se presta como voluntario, no genera una relación laboral regida por un contrato de trabajo, específicamente, porque no es remunerado. En efecto, los elementos esenciales de un vínculo laboral contractual son: (i) la prestación personal de un servicio, (ii) la subordinación, y (iii) la remuneración; mientras que, si bien, aquella relación supone (i) la prestación personal de un servicio al Estado y (ii) la subordinación, la bonificación que se concede no tiene como propósito otorgar una remuneración, como tampoco esta es el elemento decisivo del vínculo. Por esta razón, el Consejo de Estado ha señalado que uno de los elementos que permite distinguir la situación jurídica de los soldados que prestan el servicio militar obligatorio o voluntario –sin vínculo laboral–, y los soldados voluntarios profesionales –con vínculo laboral– es, precisamente, el propósito de obtener una remuneración por parte de los segundos. En este sentido, el Consejo de Estado ha reiterado que la ley reconoce a quienes prestan el servicio militar obligatorio una serie de prestaciones que, de cualquier forma, “no pueden catalogarse como laborales y tampoco se asimilan al régimen a for fait previsto por la ley para los soldados profesionales”.

45. El servicio militar puede prestarse como (i) soldado en el Ejército, (ii) infante de marina en la Armada Nacional, (iii) soldado de aviación en la Fuerza Aérea, (iv) auxiliar del cuerpo de custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, y (v) auxiliar de policía en la Policía Nacional. En relación con estos últimos, el personal presta su servicio militar en las áreas geográficas que disponga la Policía Nacional, sujeto a las necesidades que determine el director general de la Policía.

46. Aquel que preste el servicio militar tiene derecho a los estímulos y prerrogativas previstos por la Ley 1861 de 2017. Entre estos, al momento de ser incorporado, tiene derecho a que el Estado le reconozca los pasajes y viáticos para su traslado al lugar de incorporación, su sostenimiento durante el viaje y el regreso a su domicilio una vez licenciado o desacuartelado.

47. Luego, durante la prestación del servicio militar, desde el día de su incorporación hasta la fecha de su licenciamiento o desacuartelamiento, por un lado, tiene el derecho de disfrutar de (i) una bonificación mensual hasta por el 30% del salario mínimo mensual vigente; (ii) un permiso anual con una subvención de transporte, equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente y la devolución proporcional de la partida de alimentación; (iii) un permiso con una subvención de transporte equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente en el evento de calamidad doméstica comprobada o catástrofe que haya podido afectar gravemente a su familia, y (iv) una dotación de vestido civil equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a ser suministrada al momento del licenciamiento. Por otro lado, tiene derecho ser atendido por cuenta del Estado en todas sus necesidades básicas atinentes a alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar y salud.

48. Sobre este último beneficio, de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los miembros de la Fuerza Pública no están incluidos en el Sistema integral de Seguridad Social en Salud establecido por dicha normativa, en la medida en que cuentan con un sistema propio y exceptuado previsto por la Ley 352 de 1997. En relación con los afiliados y beneficiarios del régimen, el artículo 19 de la Ley 352 de 1997 determina que existen dos clases de afiliados: (i) los afiliados sometidos al régimen de cotización y (ii) los afiliados no sometidos al régimen de cotización, que son “las personas que se encuentren prestando el servicio militar obligatorio” y “no tendrán beneficiarios respecto de los servicios de salud”. En esa línea, el artículo 23 de la Ley 352 de 1997 y el artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000

establecen que las personas que prestan el servicio militar obligatorio tienen derecho a atención en salud en calidad de afiliados, no sujetos al régimen de cotización, y no tienen derecho a vincular beneficiarios de los servicios médicos y asistenciales.

49. Por último, al término de la prestación del servicio militar, el personal tiene derecho a que el tiempo de servicio sea computado para efectos de cesantía, pensión de vejez, pensión de invalidez, asignación de retiro y prima de antigüedad.

50. El servicio militar tiene una duración de doce (12) o dieciocho (18) meses, que comprende las etapas de: (i) formación militar básica, (ii) formación laboral productiva, (iii) aplicación práctica y experiencia de la formación militar básica y (iv) descansos. Con todo, puede ser susceptible de aplazamiento, exoneración o cesación por desacuartelamiento.

51. El aplazamiento procede, entre otros supuestos, cuando (i) la persona alcanza la mayoría de edad, ha sido aceptado y está cursando estudios de primaria, secundaria o media o (ii) está matriculado o cursando estudios de educación superior. En estos eventos, el deber constitucional de prestar el servicio militar surge al momento de finalizar los estudios y obtener el respectivo título.

52. La exoneración opera para quienes hayan alcanzado la mayoría de edad y acrediten, entre otros, ser: (i) hijo único o hijo de padres con limitaciones para trabajar o mayores de 60 años, que vele por ellos cuando carezcan de medios de subsistencia; (ii) padre de familia; (iii) víctima del conflicto, o (iv) acredite la existencia de una unión marital de hecho. En todo caso, estos pueden prestar el servicio de manera voluntaria.

53. La cesación del deber de prestar el servicio militar por desacuartelamiento se define como el acto mediante el cual el director general de la Policía Nacional –o aquel que este delegue– “dispone la cesación en la obligación de continuar prestando el servicio militar de [...] un auxiliar de policía [...] por causales diferentes al licenciamiento”. El desacuartelamiento puede ocurrir antes o durante el cumplimiento del servicio militar, por alguna de las siguientes causales: “a) por decisión del [...] Director General de la Policía Nacional [...]; b) por haber sido declarado no apto por los organismos médicos-laborales; c) por haber sido calificado no apto en la evaluación psicofísica final; d) por existir en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva o condena judicial; e) por presentación de documentación falsa, o faltar a la verdad en los datos suministrados al

momento de su incorporación, sin perjuicio de las acciones a que haya lugar; f) por sobrevenir alguna de las causales de exención contempladas en la presente ley, siempre y cuando ésta sea ajena a la voluntad del individuo; g) por ausentarse injustificadamente del servicio, en los términos previstos en el Código Penal Militar para el delito de deserción; h) por el tiempo que se encuentre cumpliendo la pena por haber incurrido en el delito de deserción, en los términos previstos en el Código Penal Militar; i) por haber definido su situación militar con anterioridad; j) los ciudadanos objetores de conciencia reconocidos por la autoridad competente creada para tal fin por la presente ley, que hayan culminado su proceso de declaratoria de objeción de conciencia; k) cuando recaiga sobre su cónyuge, compañero o compañera permanente o a cualquier miembro de su familia en primer grado de consanguinidad o primero civil, alguna enfermedad catastrófica o accidente que cause daño permanente en su salud mental o física comprobada, el conscripto podrá solicitar el desacuartelamiento [...]”. Estas causales deben acreditarse de acuerdo con el trámite de desacuartelamiento fijado por el director general de la Policía Nacional.

54. Dado que los deberes y obligaciones derivados de los principios de solidaridad y reciprocidad “imponen unas mismas cargas a sus titulares con miras a alcanzar fines sociales deseables o necesarios”, el servicio militar es una obligación constitucional que implica la restricción temporal de cierto ámbito de derechos y libertades individuales. Estos límites se fundamentan en la amplia libertad de configuración normativa para la regulación del servicio militar, dentro de la cual, el legislador, “podría en principio fijar distinciones de trato entre los colombianos para efectos de consagrar excepciones, exclusiones o reglas especiales que rijan la prestación de dicho servicio, cuyo examen tendrá que realizarse al amparo del contenido del derecho a la igualdad y de las excepciones que se admiten respecto de su contenido formal, como ocurre, por ejemplo, con las acciones afirmativas para realizar la igualdad material de sujetos de especial protección constitucional o de grupos históricamente discriminados y marginados”. En todo caso, dicha facultad, “de suyo no acarrea su irrespeto o falta de protección”, pues “dicho mandato no es absoluto [y, por tanto,] ha reconocido límites al mismo mediante la ponderación de algunos derechos fundamentales”.

55. En este contexto, en relación con las causales de desacuartelamiento para las mujeres que prestan el servicio militar, el parágrafo primero del artículo 2.3.1.4.2.1. del Decreto 977 de 2018 prevé que “[l]a mujer que ingrese a filas se desacuartelará conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 1861 de 2017”. Es decir, el legislador no previó causales de

cesación del servicio militar para las mujeres, distintas a aquellas previstas expresamente por la Ley 1861 de 2017 para los hombres. Esto, sobre todo si se tiene en cuenta que, como regla general, el acceso voluntario al servicio militar “se inscribe dentro de la dinámica de permitirles continuar con su preparación profesional o vincularse a una actividad laboral y no tener que apartarse por al menos un año de su edad más productiva a prestar el servicio, como sucede con los hombres, pues existe una innegable situación de desigualdad o desventaja entre ellos, en lo que respecta a la garantía de acceso y realización de los derechos a la educación y al trabajo, brindado una herramienta a las mujeres para compensar y remediar su situación, a fin de que, mientras el hombre define de forma obligatoria su situación militar como, a manera de deber ciudadano, le impone el Legislador, ella pueda conseguir la satisfacción de sus derechos y avanzar en la superación de la brecha de género que han subsiste en dichas materias”.

56. En conclusión, y en concordancia con lo indicado en la Sentencia T-100 de 2024, la Sala advierte que existe un déficit normativo de protección a la mujer gestante que presta el servicio militar voluntario, dado que la Ley 1861 de 2017 y el Decreto 977 de 2018 no incluyen causales ni regulación alguna para la cesación del deber de su prestación por desacuartelamiento, relacionadas con la decisión de la mujer de procrear, lo que ha dado lugar a que el director general de la Policía Nacional o su delegado acudan a la causal de desacuartelamiento prevista en el artículo 71 de la Ley 1861 de 2017 que “no se ajusta a un eventual estado de gestación por parte de la persona que preste el servicio militar, lo que da cuenta de una ley diseñada de acuerdo al contexto en que el servicio militar es prestado por hombres”.

3. Requisitos de procedibilidad de la tutela en los casos en que se solicita la protección de la estabilidad laboral reforzada por la condición de embarazo –en especial, la exigencia de subsidiariedad–

3.1. Legitimación en la causa por activa

57. El artículo 86 de la Constitución dispone que toda persona puede presentar acción de tutela para solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados. De conformidad con el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991, la tutela puede ser ejercida a nombre propio, por medio de un representante legal, por

intermedio de un apoderado judicial o mediante un agente oficioso.

3.2. Legitimación en la causa por pasiva

58. De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 5 y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, la legitimación por pasiva se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la demanda de tutela para responder por la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.

3.3. Inmediatez

59. El requisito de inmediatez exige que el interesado ejerza la tutela de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración de sus derechos fundamentales. Esto se explica en tanto su propósito es la protección inmediata de esos derechos y, por lo tanto, es inherente a su naturaleza que esa protección sea actual y efectiva. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, si bien el mecanismo de amparo no tiene un término de caducidad, se debe ejercer dentro de un plazo razonable, oportuno y justo. Ello, a su vez, busca preservar la naturaleza de la tutela como un remedio de aplicación urgente para la protección efectiva y actual de los derechos fundamentales.

60. En relación con las solicitudes de tutela orientadas a obtener la protección de la garantía a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de gestación, “la jurisprudencia ha valorado, alternativamente, dos aspectos para establecer el cumplimiento de la exigencia de inmediatez: (i) el lapso entre el despido y la interposición de la acción de tutela debe ser razonable y (ii) el momento en que se presenta el amparo debe ser oportuno en relación con el embarazo y los meses posteriores al parto”.

3.4. Subsidiariedad

61. Según los artículos 86 de la Constitución y 6.1 del Decreto 2591 de 1991, la tutela es un mecanismo de defensa subsidiario. Esto implica que es improcedente ante la existencia de un medio judicial principal idóneo y eficaz, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esto es, inminente y grave, y que, por tanto, requiera la adopción de medidas urgentes e impostergables.

62. Dado que la garantía de los derechos fundamentales “no es un asunto reservado al juez

de tutela”, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en indicar que la protección preferente de los derechos de las mujeres gestantes o lactantes en el marco de una vinculación laboral regida por un contrato de trabajo o de presuntas relaciones laborales ocultas en contratos estatales de prestación de servicios corresponde, respectivamente, a la jurisdicción ordinaria laboral y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

63. De una parte, el proceso ordinario laboral previsto en el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (en adelante CPTSS) es, por regla general, y, en abstracto, el medio judicial idóneo y eficaz para resolver las controversias laborales que involucran derechos de mujeres gestantes o lactantes. Es un mecanismo idóneo, pues dispone de un escenario probatorio amplio y adecuado para (i) controvertir la legalidad de la terminación de los contratos de trabajo, y (ii) solicitar el reintegro, el pago de salarios y prestaciones sociales, e indemnizaciones derivadas de un despido fundado en un motivo discriminatorio. Además, el juez puede adoptar “las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales”. También es un medio eficaz, pues la normativa que lo regula “contiene un procedimiento expedito para su resolución” y otorga al juez la facultad de decretar las medidas cautelares que considere pertinentes para proteger de forma oportuna los derechos fundamentales. Por tanto, la tutela es, en principio, improcedente para solucionar las discusiones que se puedan tramitar por este medio.

64. De otra parte, de conformidad con el artículo 104 del CPACA, la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer y decidir de fondo los litigios y controversias originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo, incluso los promovidos para determinar la existencia de una relación laboral, presuntamente encubierta a través de la sucesiva suscripción de contratos de prestación de servicios con el Estado. Sin embargo, esta Corte ha señalado que, por regla general, la tutela es improcedente para controvertir actos administrativos de carácter particular y concreto, dada (i) la presunción de legalidad y acierto de la actuación administrativa, (ii) la posibilidad del administrado de emplear el mecanismo previsto por el artículo 138 del CPACA para solicitar la nulidad del acto y pedir el restablecimiento de su derecho y (iii) la facultad del juez de adoptar remedios idóneos y eficaces de protección de los derechos mediante las medidas cautelares.

65. Si bien los jueces ordinarios, tanto laborales como contencioso-administrativos, son los

competentes para resolver las controversias relacionadas con la estabilidad laboral reforzada, en la medida en que los mecanismos de defensa ordinarios son, en abstracto, idóneos y eficaces, “según las particularidades de cada caso en concreto, tales mecanismos de defensa pueden ser desplazados por la acción de tutela, habida cuenta de que aquellos carecen de la celeridad y el carácter sumario que tiene esta última «para restablecer los derechos de los sujetos de especial protección constitucional que, amparados por la estabilidad laboral reforzada, requieren de una medida urgente de protección y un remedio integral»”. En consecuencia, esta corporación ha admitido que “la acción de tutela deja de ser un mecanismo subsidiario para convertirse en una herramienta judicial preferente” cuando “en circunstancias especiales, como las que concurren en el caso del fuero de maternidad, las acciones ordinarias pueden resultar inidóneas e ineficaces para brindar un remedio integral”, en especial, en aquellos eventos en que los derechos fundamentales de la madre gestante se enfrentan a un riesgo de afectación inminente.

67. Acreditada prima facie la condición de gestación durante el desarrollo de la relación laboral, se debe determinar la eficacia, en el caso concreto, del mecanismo de defensa judicial. Para ello, el juez debe valorar si la mujer gestante o lactante se encuentra en una condición de vulnerabilidad y, por tanto, requiere “una medida urgente de protección”. Aquella resulta necesaria cuando, entre otros eventos, “el despido, la terminación o no renovación del contrato, amenace el mínimo vital de la madre o del niño que acaba de nacer”, por ejemplo, cuando las accionantes (i) son madres cabeza de familia, (ii) se encuentran “dentro la franja de la población más pobre”, (iii) carecen de capacidad económica, o (iv) no cuentan con una red de apoyo familiar que pueda atender de manera suficiente sus necesidades básicas.

68. A partir de las anteriores consideraciones, la Sala (i) verificará el cumplimiento de los requisitos de procedencia de las demandas de tutela y, en caso de que se acrediten, (ii) se pronunciará sobre el presunto desconocimiento de las garantías constitucionales cuya protección se solicita.

4. Análisis de procedencia en el caso en concreto

4.1. Legitimación en la causa

69. La solicitud cumple con el requisito de legitimación en la causa, tanto por activa como

por pasiva. De un lado, la demanda fue presentada por Luz Alieth Beltrán Medina, quien es la titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. De otro lado, se dirige contra la Policía Nacional, la Dirección General de la Policía Nacional, la Policía Metropolitana de Bogotá y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – Seccional Bogotá, entidades que a las que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales de la actora, como consecuencia del desacuartelamiento debido a su estado de embarazo y, por tanto, retiro del servicio militar, que conllevó la suspensión de servicios médicos en su favor y de su hijo. Estas entidades están legitimadas por pasiva, en tanto tienen aptitud legal para ser demandadas en el sub iudice, por las siguientes razones:

Entidad

Fundamento jurídico para la legitimación en la causa por pasiva

Policía Nacional

De acuerdo con los artículos 1 a 4 del Decreto 113 de 2022, la Dirección General de la Policía Nacional de Colombia es la máxima instancia de decisión de la Institución. La Subdirección General y la Jefatura Nacional de Desarrollo Humano conforman la estructura de aquella dependencia. Entre otras funciones, la Jefatura Nacional de Desarrollo Humano integra la capacidad de “administración de personal”.

Dirección General de la Policía Nacional

Policía Metropolitana de Bogotá

El comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá fue la autoridad que emitió el acto administrativo de desacuartelamiento contra el que la accionante dirigió la tutela.

Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – Seccional Bogotá

De acuerdo con los artículos 15 y 16 de la Ley 352 de 1997, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional administra los recursos del subsistema de salud de la Policía Nacional y, entre otras funciones, tiene la de “prestar los servicios de salud a través de las unidades del subsistema o mediante la contratación con instituciones prestadoras de servicios de salud o profesionales habilitados”.

4.2. Inmediatez

70. Se acredita la exigencia de inmediatez, ya que la solicitud fue presentada en un término razonable y oportuno, contado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales, si se tiene en cuenta que entre el momento en el que la Policía Nacional expidió la resolución de desacuartelamiento y, por tanto, retiró del servicio a la tutelante -16 de julio de 2022- y la presentación de la tutela -5 de diciembre de 2022- transcurrieron aproximadamente 4 meses.

4.3. Subsidiariedad

71. Esta Corte ha señalado que, en principio, la tutela no es procedente para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se efectúa el retiro del servicio, dado que se trata de controversias asignadas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, “cuya estructura permite un amplio debate probatorio frente a las circunstancias que podrían implicar una actuación de la administración contraria al mandato de legalidad”. Específicamente, ha indicado que este tipo de asuntos debe ser controlado judicialmente acudiendo para ello al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, ha admitido que la tutela procede cuando tal mecanismo judicial ordinario no resulta idóneo ni eficaz, a la luz de las circunstancias del accionante, para proteger los derechos que se estiman vulnerados, tal como se deriva de lo dispuesto en los artículos 6.1 y 8 del Decreto 2591 de 1991.

73. Primero, el mecanismo de defensa ordinario no es idóneo, ya que la cuestión trasciende la órbita del estudio de legalidad del acto administrativo. El medio de control no resulta idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales de la tutelante, dado que el asunto planteado trasciende la órbita del examen de legalidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo por medio del cual la tutelante fue retirada del servicio militar. Si bien, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho permitiría dilucidar una controversia relacionada con la legalidad de un acto administrativo mediante el cual se retiró del servicio a una persona que prestaba el servicio militar y determinar si la actuación se ajustó a las causales previstas por la ley para desacuartelar al personal de la Policía Nacional, la estabilidad laboral reforzada es una garantía que sólo se activa en el marco de una relación laboral. Así las cosas, dado que los auxiliares de policía no son

empleados públicos, la accionante no tendría la posibilidad de acreditar, prima facie, ser titular de la estabilidad laboral reforzada y, por tanto, solicitar dicha protección ante el Juez de lo Contencioso Administrativo.

74. Segundo, el mecanismo de defensa ordinario no es idóneo de acuerdo con las particularidades de la actuación administrativa que se cuestiona. La accionante acude a la tutela con el propósito de que se amparen sus derechos a la vida, a la salud, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, presuntamente vulnerados por la Policía Nacional como consecuencia del desacuartelamiento y, por consiguiente, retiro del servicio militar ordenado en la Resolución n.º 0368 del 16 de julio de 2022. El acto administrativo se fundamentó en que, de conformidad con el párrafo del artículo 2.3.1.4.2.1 del Decreto 977 de 2018, “la mujer que ingrese a las filas se desacuartelará conforme a lo dispuesto en el artículo 71 la Ley 1861 de 2017”, según el cual es causal de desacuartelamiento del servicio “[...] sobrevenir alguna de las causales de exención contempladas en la presente ley, siempre y cuando esta sea ajena a la voluntad del individuo”, entre estas, la causal de exención del servicio militar prevista en el artículo 12 de la referida norma consistente en “[ser] padre de familia”.

75. En ese contexto, si bien las pretensiones de la accionante, en principio, podrían discutirse en sede del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tras un análisis prima facie de la relación entre el acto administrativo que se cuestiona y las normas que dieron lugar a su expedición, es posible inferir, de manera razonable, que la causal empleada por la Policía Nacional para desacuartelar del servicio a la accionante se fundamentó en su condición de madre de familia, no con un fin, que, de entrada, pueda considerarse discriminatorio.

76. En efecto, la autoridad motivó la decisión en su interpretación sobre el interés superior del menor, conforme al cual “el desacuartelamiento [...] no tiene por objeto de sus derechos fundamentales, legítimamente restringidos por el deber de prestar servicio militar, sino de la protección de los derechos de sus hijos próximos a nacer, lo que correlativamente da lugar a la exigibilidad de deberes superiores cuya observancia es impostergable”.

77. Ante la ausencia de regulación sobre la forma de proceder frente a la mujer que presta servicio militar voluntario y que queda en embarazo, no es posible inferir que la aplicación

“analógica” de las causales de desacuartelamiento efectuada por la Policía Nacional sea susceptible de ser cuestionada con base en su presunta ilegalidad.

78. Así las cosas, la Sala advierte que la circunstancia que habilita la intervención del juez constitucional, “para efectos de garantizar una protección cierta y suficiente de los derechos constitucionales fundamentales, por medio de la acción de tutela”, se relaciona con la posible omisión de la Policía Nacional de haber actuado conforme a la Constitución, en particular, con los deberes que impone la protección especial e integral a la mujer embarazada y a su hijo por nacer.

79. Tercero, el mecanismo de defensa ordinario no resulta eficaz, de acuerdo con las particulares circunstancias del caso concreto. Si bien la falta de idoneidad del medio de control constituye la circunstancia que, prima facie, justifica la intervención del juez constitucional para la protección de los derechos fundamentales de la tutelante, la solicitud de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable, en los términos dispuestos por el artículo 6.1. del Decreto 2591 de 1991, pues el mecanismo ordinario no es eficaz “atendiendo a las circunstancias en que se encuentra [la] solicitante” y “conforme a las especiales circunstancias del caso”. Esto es así, por cuanto, la accionante manifestó haber quedado “totalmente desprotegida” al haber sido desacuartelada, pues dejó de gozar de los derechos que le otorgaba la prestación del servicio militar, en particular, una bonificación económica que le permitiera asegurar su mínimo vital, “único recurso económico que percibía” para su sustento, así como los servicios de salud requeridos en razón de su estado de gestación. Además, según indicó la actora, es madre “soltera” y cabeza de familia, pues el padre del menor la abandonó cuando se enteró de su estado de embarazo. En consecuencia, la intervención del juez constitucional es impostergable en este caso.

80. En efecto, dado que quien se encuentre prestando el servicio militar tiene derecho a que “[d]esde el día de su incorporación, hasta la fecha de su licenciamiento o desacuartelamiento a ser atendido por cuenta del Estado en todas sus necesidades básicas atinentes a salud, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar y disfrutará de una bonificación mensual hasta por el 30% del salario mínimo mensual vigente”, a causa del desacuartelamiento y, por consiguiente, retiro del servicio, de un lado, la accionante dejó de percibir una bonificación mensual que contribuía a la satisfacción de su derecho al mínimo vital. Y, de otro lado, pese a que en la Resolución n.º 0368 se advirtió que “deb[ía] garantizarse la continuidad de los

servicios médicos durante su maternidad y hasta que se afilie a otro sistema de salud y/o nazca su bebé”, la accionante dejó de recibir atención médica desde el nacimiento de su hijo pues con la desvinculación “[su] hijo [quedó] por fuera al igual que [ella] del servicio de sanidad de la [P]olicía [N]acional”. Esta circunstancia es especialmente relevante si se tiene en cuenta que la actora no está vinculada a ninguno de los regímenes –contributivo o subsidiado– del Sistema de Seguridad Social en Salud.

81. En conclusión, superado el análisis de procedibilidad, a continuación, la Sala se pronunciará acerca del fondo del caso.

5. Análisis sustantivo del caso

82. Mediante la Resolución n.º 0368, el comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá ordenó desacuartelar del servicio militar a la tutelante, debido a que “conoci[ó] de [uno] de los impedimentos contemplados [en el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017], en el caso concreto del estado de gravidez”. Debido a ello, aplicó la causal de desacuartelamiento prevista en el literal f) del artículo 71 de la Ley 1861 de 2017, consistente en “sobrevénir alguna de las causales de exención contempladas en la presente ley, siempre y cuando esta sea ajena a la voluntad del individuo”, específicamente, la dispuesta en el literal p) del artículo 12 de la misma ley, que establece que “están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en los siguientes casos [...] el padre de familia”.

83. Con base en lo expuesto, y con el fin de abordar el caso en cuestión, la Sala considera relevante precisar que (i) los auxiliares de policía que prestan el servicio militar no tienen un vínculo laboral y (ii) la maternidad no configura, en sí misma, una causal de desacuartelamiento.

5.1. Los auxiliares de policía, hombres o mujeres, que prestan el servicio militar no tienen un vínculo laboral con la Policía Nacional

84. Los colombianos que prestan el servicio militar (obligatorio o voluntario) no tienen una relación laboral con la institución a la cual se vinculan, toda vez que la prestación del servicio obedece a una imposición especial del Estado, en virtud del artículo 216 superior y los deberes de solidaridad y reciprocidad dispuestos en los artículos 122, 123 y 125 de la

Constitución. En consecuencia, los beneficios otorgados con ocasión de la prestación del servicio constituyen prerrogativas y estímulos, pero no derechos laborales con carácter salarial y prestacional. Su único propósito es recompensar a quienes presten el servicio militar en los términos que establece la ley.

85. Dado que el servicio militar no constituye un vínculo laboral, tampoco es dable extender la garantía a la estabilidad laboral reforzada circunscrita a la protección de trabajadores en circunstancias especiales en el marco de una relación de trabajo. Además, como bien lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, “el servicio militar no es per se algo que implique violencia, daño a los demás, ejercicio ciego de la fuerza o vulneración de derechos fundamentales. Se trata de un deber en abstracto, cuyos contenidos concretos están sometidos a la Constitución y a la ley”.

86. Sin perjuicio de lo anterior, se activa la protección ocupacional de la mujer embarazada que presta el servicio militar voluntario, en atención a la jerarquía constitucional de los derechos fundamentales, que impone a las instituciones el deber de garantizarlos al personal que presta el servicio militar, entre estos, asegurar la protección especial a la maternidad –artículo 43 superior– y el interés superior del menor –artículo 44 de la Constitución–, de acuerdo con las particularidades del vínculo legal y reglamentario que este implica.

5.2. La maternidad no configura, en sí misma, una causal de desacuartelamiento

87. La normativa que regula la cesación del deber de prestar el servicio militar no habilita el desacuartelamiento fundado en la condición de embarazo de la mujer.

88. El párrafo del artículo 2.3.1.4.2.1 del Decreto 977 de 2018 dispone que “[l]a mujer que ingrese a filas se desacuartelará conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la ley 1861 de 2017”; dentro de estas hipótesis el artículo 12 de la ley que refiere prevé ser “padre de familia”.

89. A pesar de la mención explícita de la norma en relación con las mujeres, no se desarrolló una causal específica para ellas, sino que se habilitó la aplicación de las causales de desacuartelamiento y exoneración del servicio militar dispuestas para los hombres, en atención a que tradicionalmente era solo un deber de estos, y solo de manera reciente se posibilitó su prestación voluntaria por parte de las mujeres.

90. Desacuartelar a las mujeres de la prestación del servicio militar debido a su estado de embarazo, con base en la aplicación de las causales de exoneración del servicio militar previstas para los hombres, constituye un factor de discriminación en razón del género. Ello es así porque: (i) el embarazo no puede considerarse “una condición ajena a la voluntad del individuo”; (ii) las causales de exención o exoneración del servicio militar constituyen una garantía a favor de la persona incorporada a las filas y, específicamente, del menor cuando sobrevenga la causal prevista en el literal p) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, y (iii) de configurarse alguna de esas causales, de conformidad con lo previsto por el parágrafo segundo del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 “las personas que se encuentren en una causal de exoneración podrán prestar el servicio militar cuando así lo decidan voluntaria y autónomamente”. En esos términos, dado que el parágrafo segundo del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 dispone que “[l]as personas que se encuentren en una causal de exoneración podrán prestar el servicio militar cuando así lo decidan voluntaria y autónomamente”, en la Sentencia T-100 de 2024, la Corte precisó que la Policía Nacional no puede, de manera unilateral, decidir si efectúa la desvinculación de la mujer embarazada, so pretexto de la protección del nasciturus, ya que correspondería “a una decisión arbitraria, totalmente, carente de enfoque de género”, que desconoce los derechos a la igualdad, a la salud y al mínimo vital.

91. En primer lugar, desconoce el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, dado que, de un lado, se trata de una práctica basada en el sexo, ya que tiene como causa la capacidad de gestación de las mujeres, la cual no se predica de los hombres, y, de otro, se aplica sin que exista un fundamento normativo explícito que autorice el desacuartelamiento en tales casos, ya que fue derivada por parte de las autoridades accionadas de un supuesto que no es aplicable a la situación de las mujeres. En segundo lugar, esta situación evidencia la carencia de protección durante el embarazo y la época del parto para las mujeres que prestan el servicio militar voluntario, ya que la normativa actual que regula el acceso al servicio de salud en el régimen de la Policía Nacional limita la prestación de los servicios de salud para la mujer embarazada y para la persona por nacer. Por último, el desacuartelamiento genera un impacto negativo en el derecho al mínimo vital de la mujer que se desvincula de la prestación del servicio militar, dado que el retiro del servicio implica la suspensión del pago de auxilio económico previsto para el régimen de la Policía Nacional.

92. La falta de protección jurídica de la maternidad en el contexto de la prestación del

servicio militar, de que trata el artículo 216 superior, constituye un problema de discriminación de género, que requiere de la intervención del legislador mediante la revisión de la normativa vigente y la adopción de medidas orientadas a su protección, al igual que a la persona que está por nacer, que debe realizarse conforme a las prescripciones de los artículos 43 y 44 de la Carta.

5.3. En el caso objeto de estudio, la Policía Metropolitana de Bogotá vulneró los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad humana y al mínimo vital de Luz Alieth Beltrán Medina al ordenar el desacuartelamiento del servicio militar como auxiliar de policía debido a su estado de embarazo. Esta vulneración se produjo porque la accionada (i) no efectuó una interpretación del texto de la norma aplicable por analogía, de manera acorde con la protección especial a la maternidad, y (ii) le atribuyó un alcance que no tiene, lo que resultó en un acto discriminatorio contra la accionante.

93. En primer lugar, la accionada no efectuó una interpretación del texto de la norma aplicable por analogía, de manera acorde con la protección especial a la maternidad. De acuerdo con la Resolución n.º 0368 del 16 de julio de 2022 y la respuesta de la Policía Metropolitana de Bogotá en el trámite constitucional, la accionante fue desacuartelada por configurarse, presuntamente, la causal de exención estipulada en el literal p) del artículo 12 de la ley 1861 de 2017, según la cual “[e]st[á] exonerad[o] de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hay[a] alcanzado la mayoría de edad [...] el padre de familia”. En criterio de la accionada, esta causal resultaba aplicable por analogía con fundamento en la causal de desacuartelamiento estipulada en el literal f) del artículo 71 de la Ley 1861 de 2017 por la cual “son casuales de desacuartelamiento [...] sobrevenir alguna de las causales de exención contempladas en la presente ley, siempre y cuando esta sea ajena a la voluntad del individuo”.

94. La Sala observa que la accionada aplicó de forma inadecuada las causales de desacuartelamiento y de exoneración, que no se ajustan a una interpretación sistemática de la ley y que no es acorde con la Constitución, en el contexto específico de las mujeres. Como se indicó, lo único que prevé la normativa es que “[l]a mujer que ingrese a filas se desacuartelará conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la ley 1861 de 2017”, sin que se estipule una causal específica que habilite el desacuartelamiento a raíz de su embarazo, menos aún si se tiene en cuenta que las hipótesis de exoneración fundadas en la condición

de padre tienen la finalidad de proteger a los hijos, pero no perpetuar los estereotipos de discriminación basados en el género. Por tanto, no se advierte que la actuación de la Policía Nacional hubiese contado con una justificación razonable y acorde con la Constitución.

95. En segundo lugar, la accionada le atribuyó a la norma un alcance del cual carece. La causal prevista en el literal p) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017, aplicable como consecuencia de la remisión del literal f) de su artículo 71, tiene por finalidad excluir al ciudadano del deber de prestar el servicio militar obligatorio, pero no de restringir su posibilidad de participar en este. Justamente, las causales de exoneración estipuladas en el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 buscan permitir al ciudadano excusarse del deber constitucional de prestar el servicio militar cuando no se encuentra en condiciones físicas, religiosas, familiares, sociales o de conciencia que le permitan cumplir con esta obligación. Es decir, pretenden proteger al ciudadano y a su familia de eventos en los que no es razonable imponer la prestación del servicio obligatorio sobre otros derechos y prerrogativas fundamentales. Sin embargo, no pretenden impedirle contribuir en la garantía del orden nacional y, por tanto, de participar en la prestación del servicio militar. De ello da cuenta, precisamente, que, de un lado, el párrafo segundo del artículo 12 de la referida ley establece que las personas exoneradas tienen la posibilidad de prestar el servicio de manera voluntaria y autónoma si así lo desean, y, de otro lado, la causal de exoneración debe ser ajena a la voluntad del individuo, sin que sea dable considerar que el embarazo constituye una causal susceptible de enmarcarse en esta categoría, menos aún, cuando su empleo conlleva perpetuar los estereotipos basados en el género. Si esto es así, la accionada le atribuyó a la norma un alcance del cual carece.

96. Por último, y en concordancia con lo señalado por esta corporación en la Sentencia T-100 de 2024 al resolver un asunto similar, “la entidad accionada se atribuyó la facultad de decidir en nombre de la accionante, con lo cual cercenó su autonomía para tomar una decisión por sí misma, de acuerdo con la potestad conferida por el referido párrafo 2 del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017”. Además, incurrió en un acto discriminatorio al aplicar, de manera autónoma, la causal de retiro del servicio que consideraba más ajustada a la protección del nasciturus, “con lo cual impuso a la tutelante unas cargas relacionadas a los imaginarios sociales sobre lo que debe ser la maternidad. Además, consideró que las funciones de auxiliar de policía son incompatibles con la maternidad y decidió, de manera unilateral, que esto último era lo que debía prevalecer”.

5.4. Remedio constitucional

97. La Sala concluye que la Policía Nacional vulneró los derechos a la salud, a la dignidad humana y al mínimo vital de la accionante. Así las cosas, y con fundamento en las consideraciones expuestas, los amparará y revocará las sentencias que declararon improcedente la solicitud de amparo promovida por Luz Alieth Beltrán Medina en contra de la Policía Nacional.

98. Con ese fin, dejará sin efecto la Resolución n.º 0368 del 16 de julio de 2022, proferida por el comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, en lo que respecta a Luz Alieth Beltrán Medina. En su lugar, ordenará al comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá reincorporar a la prestación del servicio militar a la accionante, si esta así lo desea, y garantizar la atención en salud tanto para esta como para su hijo, hasta que culmine el periodo del servicio militar obligatorio restante, esto es, al término de 12 meses o 18 meses, según sea o no bachiller, respectivamente, y la cancelación de los emolumentos legales dejados de percibir, correspondientes a dicho periodo, tales como la bonificación mensual de que trata el artículo 44 de la Ley 1861 de 2017, siempre y cuando no se haya pagado la totalidad por ese concepto, o le cancelen lo que le haga falta. El cumplimiento de esta orden estará sujeto a la verificación del consentimiento previo de la tutelante y a valorar la prestación del servicio en una labor acorde a la condición que dio lugar a la protección ocupacional. Asimismo, en atención a las consideraciones expuestas, la Sala instará a la Policía Nacional para que se abstenga de llevar a cabo cualquier actuación que pueda resultar en tratos discriminatorios contra las mujeres, similar a la ocurrida en el presente asunto.

99. Además, si bien la accionante prestó el servicio militar “de manera voluntaria”, pero no como soldado profesional voluntario, por lo que el vínculo que tuvo la accionante con el Estado no fue laboral ni asimilable, ante la ausencia de regulación específica para la protección del derecho al mínimo vital de la mujer gestante y de su hijo menor de edad y el alcance de la garantía a la estabilidad ocupacional, se ordenará a la Policía Nacional el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad en favor de la actora.

100. Por último, dado que en el caso se acredita un déficit de protección en materia legislativa y regulatoria para la protección de la mujer embarazada que presta el servicio

militar voluntario, y en el mismo sentido en que lo estimó necesario esta corporación en la Sentencia T-100 de 2024, se exhortará al Congreso de la República para que valore la conveniencia de revisar y adoptar medidas legislativas relacionadas con la especial protección de la mujer embarazada que presta el servicio militar voluntario, y tenga en cuenta la necesidad de eliminar cualquier forma de discriminación y garantizar sus derechos fundamentales, así como los del que está por nacer.

III. DECISIÓN

101. En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el trámite del expediente T-9.268.316.

Segundo. REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 10 de febrero de 2023, que confirmó el fallo dictado por el Juzgado Cuarenta y Dos Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad el 16 de diciembre de 2022, que declaró improcedente la solicitud de tutela promovida por Luz Alieth Beltrán Medina en contra de la Po