

CARRERA MILITAR-Ascenso a Sargento Mayor/EJERCITO NACIONAL-Razones para negar ascenso son inexistentes

Las razones en las que pretende el demandado justificar o fundamentar el no ascenso del actor, no pueden ser consideradas como válidas para esta Sala, porque sencillamente se observa que no existen, pues como se dejó expuesto la recomendación para ascenso emanada del Comité carece de motivación o fundamento y el Comandante del Ejército acogió dicha recomendación sin ajustarse a su facultad discrecional reglada, pues ascendió a personal no apto por sanidad y justicia, así como a personal no convocado para el proceso de ascenso, aún en contravía de las disposiciones que el mismo demandado invoca como fundamento de su decisión, no existiendo razón o justificación valedera para que no se diera el ascenso del actor, máxime cuando consta que reunía todos los requisitos para el ascenso acorde a las disposiciones legales pertinentes. Ahora, de acuerdo a las mismas disposiciones y de haberse utilizado la facultad discrecional en forma legítima, el actor debió ascender en el escalafón regular, por reunir todos los requisitos y condiciones establecidos en el Decreto 1211 de 1990 y Circular respectiva. En ningún momento el actor está solicitando el ascenso, (al decir del demandado) por el simple transcurso del tiempo, pues mediante las pruebas aportadas se establece que se encuentra dentro de las circunstancias previstas en los artículos 48, 49, 50 y 51 del Decreto 1211/90 y superados los requisitos exigidos para ello, procediendo su ascenso dentro del escalafón regular.

EJERCITO NACIONAL-Competencia discrecional en ascensos

En el presente caso el ejercicio del poder discrecional no fue legítimo, por cuanto en la decisión de ascenso y en la recomendación del Comité, no se observaron las disposiciones legales sobre la carrera militar, mediando debidamente acreditadas en el expediente circunstancias que permiten concluir que no se actuó respetando el debido proceso, como tampoco dentro de la competencia discrecional conferida por la ley, en cabeza del Comandante del Ejército Nacional. El poder discrecional no se ejerció de manera legal por parte de la entidad demandada al proferir el acto de ascenso de suboficiales, ya que su decisión de no ascender al actor no obedeció a los fines y objetivos perseguidos por la normatividad, ni se respetaron los hechos y causas que dieron origen al proceso de ascenso,

apartándose de las normas legales que limitaban o reglaban dicha facultad discrecional.

Referencia: expediente T-420 523

Acción de tutela instaurada por FERNANDO VARGAS SANCHEZ contra el Ejército Nacional de Colombia.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá D. C., a los diez (10) días del mes de septiembre del año dos mil un (2001).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa Y Jaime Araujo Rentería, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos

El señor FERNANDO VARGAS SANCHEZ, presentó escrito de tutela solicitando la protección de los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 13 C.N.), al buen nombre (artículo 15 C.N.), al trabajo (artículo 25 C.N.) y al debido proceso (artículo 29 C.N.), que consideró vulnerados al ser excluido injustificadamente del ascenso a sargento mayor, a pesar de haber cumplido con todos los requisitos legales.

Manifiesta el demandante que en el mes de octubre de 1999 fue considerado para ascenso a Sargento Mayor, durante el mes de noviembre de 1999, recibió instrucción, adelantó el curso y cumplió con los requisitos y evaluaciones correspondientes para obtener el ascenso al

grado militar superior.

Sin embargo, en el mes de marzo de 2000 le sorprendió que ascendieron a Sargentos Mayores a todos los demás suboficiales que participaron con él en el curso y proceso de ascenso, excepto a él.

Que considera que el hecho de pertenecer al cuerpo administrativo o arma de servicios no pudo haber sido el motivo de su no ascenso, puesto que los señores sargento primeros WILSON SEMANATE COLONIA, HERNANDO DIAZ BARRAGAN, CARLOS ENRIQUE ORTIZ CRUZ, PLUTARCO ELIAS DIAZ FILIGRANA, INOCENCIO CABEZAS BAUTISTA, VICTOR IGUAVITA RODRIGUEZ y LUIS MARIO MARTINEZ ARDILA quienes pertenecen al cuerpo administrativo de Ejército Nacional fueron ascendidos en el año de 1999, pero a él se le negó la promoción argumentando precisamente su pertenencia al cuerpo administrativo.

Añade que en el mes de abril de 2000, solicitó ser incluido en el escalafón complementario de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del decreto 1211 de 1990 (estatuto de la carrera militar), por reunir todos los requisitos, pero la petición le fue negada presuntamente por problemas en la planta de personal, reestructuración de las fuerzas armadas y para dar oportunidad a otros suboficiales de ser promovidos.

En resumen, no encuentra el actor justificación válida para que se le negara el ascenso a sargento mayor, dado que participó en el proceso de ascenso con sus demás compañeros ascendidos, superando satisfactoriamente todos los requisitos exigidos, estableciendo un trato desigual frente a sus demás compañeros de armas que obtuvieron la promoción y se desconoció el proceso de selección aprobado de manera satisfactoria.

Surtido el correspondiente traslado a la institución demandada, mediante varios informes defendió la determinación tomada con base en los siguientes argumentos:

a. Se decidió con base en los artículos 48, 49 y 51 del decreto 1211 de 1990 que contiene el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

a. En la circular No. 43452CEDE1 – SV – 106 del 20 de octubre de 1999 se determinó que “...el hecho de ser considerado para ascenso en nada implica que el suboficial lo tenga garantizado, esto depende también de otros factores distintos al tiempo en el grado: Lista de clasificación, aptitud sicofísica, curso de combate, curso para ascenso, problemas de justicia, vacantes existentes en el grado conforme al Decreto de planta dispuesto por la ley y concepto del Comité especial de evaluación”.

a. En una organización jerarquizada como la militar no todos pueden llegar a la cúspide de sus aspiraciones.

a. La facultad discrecional del artículo 51 parágrafo 1 del decreto 1211 de 1990, permite escoger libremente entre los sargentos primeros que reúnan las condiciones generales y especiales.

a. Las personas a que se refieren en la demanda fueron ascendidas al grado de sargento mayor pero con sujeción al decreto de planta de personal para la vigencia de 1999.

Señala que a la petición del actor de ser incluido en el escalafón complementario se le respondió negativamente en razón a que el artículo 3º del decreto 1211 de 1990 le otorga al Gobierno la facultad de fijar la planta de personal de oficiales y suboficiales y en razón a ello se expidió el Decreto 893 del 18 de mayo de 2000 en el cual se modifica la planta para la vigencia del año 2000 en donde claramente se establece que para el personal de suboficiales no hay cupo en el escalafón complementario.

Manifiesta así mismo la entidad demandada a través del Director de Personal del Ejército que el actor obtuvo un puntaje bueno en los exámenes de competencia en la Escuela de armas y servicios y llenó los demás requisitos exigidos para ascender al grado inmediatamente superior. (folio 38).

También informó a petición de esta Corporación que para el año 2000 sólo existían 27 vacantes para el grado de Sargento Mayor, considerando para ascenso por parte del Comité de estudio a 29 Sargentos Primeros del cual matemáticamente tendrían que salir dos (2) del servicio activo por falta de vacantes, reiterando que la selección para ascenso se realizó de acuerdo a lo consagrado en los artículos 48, 49 y 51 del decreto 1211 de 1990. Además señala que la facultad de escogencia libre se aplica no solo respecto de los ascensos de suboficiales sino también de oficiales y que el ascenso no solo se confiere por el mero transcurso del tiempo, sino por una serie de circunstancias que evalúan integralmente al aspirante.

Igualmente señala que, bajo la potestad que ostenta el Comandante del Ejército para escoger libremente de su grupo de hombres de grado Sargento Primero cuales son los que ascienden al grado de Sargento Mayor, de acuerdo a las necesidades del servicio y según la situación de orden público se hace necesario que el personal ascendido sea el de las armas ya que son los que se encuentran capacitados a lo largo de su carrera militar para el combate.

2. Pretensiones.

Solicita el actor que se tutelen los derechos que invoca como violados y se ordene el ascenso al grado de Sargento Mayor como consecuencia lógica de haber cumplido con todos los requisitos fijados en la ley, desde el mes de marzo de 2000.

3. Pruebas Recaudadas.

* Declaración del Sargento Primero FERNANDO VARGAS SANCHEZ del 21 de septiembre de 2000.

* Informes del 18 y el 19 de septiembre de 2000, suscritos por el Coronel MARIO ENRIQUE CORREA ZAMBRANO, director de personal del Ejército.

* Fotocopia de la Circular No. 43452/CEDE1 – SB – 106 del 20 de octubre de 1999.

* Fotocopia del Acta de reunión del Comité de Ascenso de Suboficiales de grados Sargentos Primeros No. 001 del 2 de marzo de 2000.

* Fotocopia del cuadro general de materias, relacionado con los resultados de los exámenes de competencia profesional del Sargento Primero FERNANDO VARGAS SANCHEZ.

* Fotocopia del cuadro de Sargentos Primeros Ascendidos en el mes de marzo de 2000.

* Fotocopia de la relación de suboficiales considerados para ascenso en el mes de marzo de 2000.

* Oficio del 27 de septiembre de 2000, suscrito por el Teniente Coronel GUILLERMO LEON FANDIÑO.

* Fotocopia del Título II, Capítulo III del decreto 1211 de 1990. Sobre el “Ingreso, ascenso y formación de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”.

* Fotocopia de la directiva transitoria No. 000167, suscrita por el Mayor General NESTOR RAMIREZ MEJIA.

* Informe suscrito por el Coronel GUSTAVO GABRIEL SANCHEZ GUTIERREZ, Subdirector de Personal del Ejército.

* Constancia de nómina del 29 de septiembre de 2000, del Sargento Primero FERNANDO VARGAS SANCHEZ, suscrita por el Jefe de Nómina del Comando del Ejército.

* Fotocopia del decreto número 893 del 18 de mayo de 2000, “Por el cual se modifica la planta de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares para la vigencia del 2000”.

* Oficio No 255651 de fecha julio 18 de 2001 suscrito por el Subdirector de Personal del Ejército dando respuesta a información solicitada por ésta Corporación mediante auto de pruebas de julio 6 de 2001.

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISION.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, decidió amparar el derecho fundamental a la igualdad invocado por el demandante, mediante providencia del 10 de octubre de 2000, en la cual consideró lo siguiente :

- Las circunstancias de hecho en las cuales se encontraba el demandante eran idénticas a las de sus compañeros ascendidos en 1999, de acuerdo con el material probatorio aportado al proceso el cual estableció que : 1) Tiene el grado de sargento primero, 2) Es suboficial de servicios del Ejército, 3) Cumple con funciones administrativas, 4) Fue convocado para ascenso al grado de sargento mayor del Ejército, 5) recibió la instrucción, presentó las evaluaciones y aprobó los exámenes de competencia en el mes de noviembre de 1999, 6) No presenta antecedentes disciplinarios ni de ninguna otra índole y, 7) cumple todos y cada uno de los requisitos legales para ascender.

- Los demandados no aportaron ninguna razón válida de orden legal para justificar el trato diferencial que se le aplicó al suboficial VARGAS SANCHEZ , en tal sentido indicó : “El argumento de la facultad discrecional no puede ser aceptado por esta Colegiatura como justificación razonable del trato diferenciador, en atención a que la autonomía de la voluntad no puede ser el elemento determinante del ascenso ya que desde el punto de vista legal esto negaría la razón de ser de la carrera militar y desde el punto de vista constitucional haría nugatoria la posibilidad de “...gozar de las mismas oportunidades...” que le garantiza el art.

13 de la Carta al ciudadano.”

– Carece de trascendencia la afirmación de que el demandante es suboficial de servicios administrativos, pues los compañeros mencionados en el libelo de la demanda pertenecen a la misma área. Tampoco estimó de recibo el decreto de planta de personal “pues lo cierto es que si para el 30 de noviembre de 1999 el aquí accionante reunía todos y cada uno de los requisitos, no tenía impedimento de carácter disciplinario, penal o ético para ser ascendido al grado de sargento mayor junto con sus compañeros, resulta indiferente que tal promoción se le haga este año (año 2000), máxime cuando los accionados no han acreditado que la planta de suboficiales fijada por decreto para los años de 1999 y 2000 se halla totalmente copada.”

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia.

1. Planteamiento del Problema.

Corresponde a esta Sala establecer si el Ejército Nacional como entidad demandada, vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al buen nombre, al trabajo y al debido proceso invocados por el actor, al no ascenderlo al grado de Sargento Mayor, no obstante haber superado todos y cada uno de los requisitos establecidos por las normas internas de la entidad.

1. Consideraciones Generales.

De acuerdo a lo expuesto por el Ejército Nacional el proceso de ascenso de oficiales y suboficiales se rige al interior de éste por las normas establecidas en el decreto 1211 de 1990 que contiene el Estatuto del Personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

De conformidad con éste, el escalafón militar está dividido en escalafón regular y escalafón complementario. El primero, es el conformado por los oficiales y suboficiales egresados de las escuelas de formación o de las unidades autorizadas para adelantar cursos, mientras permanezcan en servicio activo. El segundo, está conformado por aquellos oficiales y suboficiales que, habiendo reunido los requisitos de tiempo mínimo y excelente conducta, demuestren buenas condiciones profesionales en su grado para continuar en servicio activo pero, no fueron ascendidos por carencia de las demás condiciones legales o por razón de las políticas generales sobre administración de personal. (artículos 24, 25 y 26).

El artículo 43 ibídem señala que los ascensos de suboficiales se producirán en los meses de marzo y septiembre de cada año.

Así mismo, el artículo 46 del citado decreto señala que habrá unas listas de clasificación del personal de las Fuerzas Militares que determinan el orden de prelación en los ascensos.

El artículo 49 ibídem indica que para ascender en las Fuerzas Militares se requiere acreditar condiciones morales, intelectuales y sicofísicas, como requisitos comunes a todos los oficiales y suboficiales y además cumplir las condiciones específicas que este estatuto determina. El artículo 51 señala a su vez los requisitos mínimos para ascenso de suboficiales que se traducen en: acreditar buena disciplina y comportamiento, capacidad profesional acreditada con las evaluaciones anuales, calificaciones de cursos y los exámenes de ascenso, tiempo mínimo de servicios y tener la clasificación para ascenso.

En Circular No. 43452 de octubre 20 de 1999 “Por la cual se relacionan los suboficiales considerados para ascenso en el mes de marzo del año 2000”, proveniente del Comandante del Ejército Nacional, se mencionan además de los nombres de los suboficiales – Sargentos Primeros convocados para ascenso a Sargentos Mayores (veintiséis (26) en total), los requisitos y condiciones generales y específicas que se deben cumplir, el cronograma a seguir durante el proceso., señalando además de lo prescrito en las disposiciones antes mencionadas, en el numeral 12 lo siguiente :

“El hecho de ser considerado para ascenso no implica que el suboficial lo tenga garantizado, esto depende también de otros factores distintos al tiempo en el grado : Lista de clasificación, aptitud sicofísica, curso de combate, curso para ascenso, problemas de justicia, vacantes existentes en el grado conforme al Decreto de planta dispuesto por la ley y

concepto del comité especial de Evaluación”.

En numeral 6 de la misma Circular se señala que los Comandantes respectivos deben informar los problemas de sanidad y justicia que impidan el ascenso.

Finalmente, el párrafo primero del artículo 51 establece: “Para ascender al grado de sargento mayor o su equivalente, el respectivo comando de fuerza escogerá libremente entre los sargentos primeros, suboficiales jefes y suboficiales técnicos subjefes que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto”. (El resaltado es fuera de texto).

4. De la presunta vulneración del derecho a la igualdad.

No comparte esta Sala el parámetro utilizado por el Tribunal Superior de Cali para considerar vulnerado el derecho a la igualdad, en razón a que si bien el actor mencionó en su escrito de tutela el hecho de que los suboficiales ascendidos en septiembre del año 1999 pertenecían al arma de servicios por formar parte del cuerpo administrativo, arma a la cual pertenece también el actor, no fue con estos precisamente con quienes participó en el proceso de ascenso para el año 2000, por lo tanto, no es respecto de ellos que podría predicarse la vulneración al mencionado derecho.

La referencia a quienes obtuvieron el ascenso en septiembre de 1999 la hizo el actor, para señalar que el hecho de pertenecer al arma de servicios, no podía ser el motivo por el cual no se le ascendió al actor en marzo del año 2000, pues esta no es una causa o razón suficiente para ello toda vez que todos los ascendidos en 1999 pertenecían a ésta.

Además de lo anterior, considera esta Corporación que no es de recibo esta justificación por parte de la demandada para no ascender al actor, toda vez que al convocarlo para el proceso de ascenso en octubre de 1999 de antemano conocía cual era su ubicación dentro de las Fuerzas Militares, como perteneciente al arma de servicios, situación que en ninguna forma podía incidir en últimas en la decisión de ascenso.

De otra parte, las normas sobre carrera no hacen mención a la clase de arma a la que se pertenece, no constituyendo por tanto, una condición o limitante normativa para el ascenso.

De los hechos y pruebas que obran en el proceso, se establece que no se ha vulnerado el

derecho a la igualdad, toda vez que el haber participado en el proceso de ascenso genera una expectativa, mera esperanza y probabilidad de lograr efectivamente el ascenso, en el caso de reunir todos los requisitos y condiciones previstos por las disposiciones que rigen la materia dentro de las Fuerzas Militares; pero, del hecho que unos suboficiales hubiesen ascendido y otros no, no se deriva la presunta vulneración toda vez que no necesariamente debían resultar ascendidos todos los aspirantes.

Pues, siendo el Ejército Nacional como tal, una entidad con estructura jerárquica, no todos sus miembros pueden ascender. Si el problema es de límite de cupos, darle el cupo a uno implica necesaria y correlativamente excluir a otro. Ante la existencia de un número cerrado de cupos, no es posible incluir a más personas, es así como, aún aquellos que tenían derecho pueden quedar por fuera porque se trata de un número cerrado; esto, siempre y cuando se hayan respetado y observado los procedimientos y disposiciones legales que aplican a la carrera en este caso la militar.

De otra parte, frente a esta situación la valoración de cada aspirante es individual, por lo tanto, no es válido afirmar para este caso, que todos los 26 aspirantes se encontraban en situación de igualdad para el ascenso y debían ascender forzosamente al existir 27 vacantes, pues como se observa en el acta del Comité, cuatro (4) de ellos tenían problemas sicofísicos señalándolos “no aptos por sanidad”; bien diferente es que al ser convocados para dicho proceso todos tenían derecho a gozar de las mismas oportunidades, participando en todas y cada una de las etapas del proceso de ascenso y sometidos todos y cada uno a la calificación y valoración para la posterior recomendación por el Comité y decisión final por parte del Comandante de las Fuerzas Militares. Proceso que formalmente se dio en su totalidad y con la inclusión de todos los aspirantes convocados inicialmente.

En relación con la igualdad en sentencia T 230 de 1994, M. P. Dr: Eduardo Cifuentes Muñoz, esta Corporación expresó:

“1). El Patrón valorativo de igualdad

1. El principio constitucional de la igualdad y el derecho subjetivo de allí derivado – en la consagración que aparece en el artículo 13 de la Constitución Política – son los depositarios jurídicos de la vieja noción filosófica de justicia, según la cual los casos semejantes deben recibir el mismo tratamiento y los diferentes deben ser objeto de trato distinto.

2. Esta fórmula carece de sentido si no se complementa con algún elemento de valoración que permita establecer una clasificación de lo igual y de lo desigual. Tal referente valorativo se conoce como “patrón de igualdad”, el cual, una vez adoptado, excluye cualquier otro paradigma de valoración. Así, el hecho de que todos los casos X sean iguales respecto del patrón A no lleva a la conclusión de que también lo sean, por ejemplo, frente a Y.

3. Las consideraciones sobre la igualdad siempre conducen al análisis de la relación entre los hechos y el referente valorativo...

(...)

4. La justificación del trato jurídico distinto de una situación jurídica equiparable, sólo es posible si se demuestra que ella resulta claramente de la finalidad perseguida por la norma que establece la distinción. En términos de la Corte Europea de Derechos Humanos, “No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”. En este orden de ideas, es necesario tener en consideración los objetivos de la norma que establece la distinción, “los cuales – continúa la Corte – no pueden apartarse de la justicia y de la razón, vale decir no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”²

5. Los elementos probatorios involucrados en la aplicación del principio de igualdad han sido definidos de la siguiente manera. Cuando se trata de un problema de igualdad “en” la ley o discriminación “de jure”, el término de comparación o “patrón de igualdad” debe ser aportado por el accionante. El análisis de la desigualdad se concentra en la norma jurídica que introduce la desigualdad de trato y no en cuestiones de hecho. En los casos de igualdad por razón de la aplicación de la ley, en cambio, corresponde al aplicador de la norma la justificación del trato diferenciado.

(...)

3. De acuerdo con lo anterior, el “test de la igualdad” queda reducido en sus términos. Así, el trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: primero, que los hechos sean

distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada. Como se ve, cada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos – fáctico, legal o administrativo y constitucional – en la relación que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (constitución).”.

De conformidad con lo anterior observa esta Sala que de la normatividad aplicable a ascensos de suboficiales no se deriva discriminación alguna, que pudiera generar una vulneración al derecho fundamental de la igualdad de “iure” o “en la ley”, pues no es ésta la que introduce un trato diferencial.

Tampoco se observa, que el demandado haya aplicado la normatividad en forma discriminatoria o en condiciones de desigualdad a los aspirantes al ascenso, pues todos ellos participaron y fueron evaluados acorde a la normatividad.

Aún más, del actor se señala expresamente por el mismo demandado que su evaluación fue buena y cumplió con todos los requisitos para el ascenso; por ello, se debe continuar con el análisis de los presuntos derechos invocados por el actor como vulnerados a fin de poder establecer la razón real que determinó su no ascenso y si esta es acorde a derecho o si en cambio, resulta violatoria de algún derecho fundamental del actor que amerite su protección.

Así mismo, en cuanto a la discrecionalidad de la decisión de ascenso en cabeza del Comandante del Ejército Nacional, consagrada en el parágrafo del artículo 51 ibídem, la norma en sí no contiene ningún elemento discriminatorio o de desigualdad, toda vez que “discrecionalidad” no es sinónimo de “capricho” o “arbitrariedad” como tampoco esta es la finalidad de dicho concepto contenido en tal disposición.

No obstante lo anterior, se observa que en el momento en que se realizó el estudio y recomendación por parte del Comité de Ascenso para su posterior decisión por parte del Comandante de las Fuerzas Militares, se pudo incurrir en presunta vulneración a otro derecho fundamental que será analizado más adelante por esta Sala.

La Sala considera que de acuerdo al anterior análisis no se vulneró el derecho a la igualdad, debiendo pasar al análisis de los otros derechos fundamentales invocados por el actor como presuntamente vulnerados con la actuación del demandado.

5. De la presunta vulneración del derecho al buen nombre.

Considera el actor que con la decisión de no ascenderlo a Sargento Mayor, el demandado vulneró su derecho al buen nombre toda vez que dentro del medio castrense, el hecho de no ascender después de haber realizado los cursos y efectuado todo el proceso para ascenso está mal visto por superiores, compañeros y subalternos ya que se coloca en entredicho el crédito profesional y personal que se extiende hasta la propia familia, en suma no ascender prácticamente sería considerado como una indignidad.

El derecho al buen nombre consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, no es cosa distinta a la reputación o buena fama que tiene una persona dentro de la sociedad. Es el derecho fundamental que tiene todo ser humano de no perder la buena fama adquirida entre los demás miembros de la sociedad por la acción dañina o culpable de otros.

Sobre el derecho al buen nombre ha dicho esta Corporación en sentencia T – 977 de 1999 M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero:

“1. El derecho al buen nombre, consagrado en el artículo 15 de la Constitución, puede ser definido como el derecho que tiene todo individuo a una buena opinión o fama, adquirida en razón a la virtud y al mérito, y como consecuencia necesaria de sus acciones personales.² Es, en ese orden de ideas, uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social, y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida ³ tanto por el Estado, como por la sociedad.

Por consiguiente, son contrarias al buen nombre de las personas, las informaciones que ajenas a la verdad y emitidas sin justificación alguna, de manera directa o personal o a través de los medios de comunicación, distorsionen el prestigio social que un individuo ha adquirido y socaven, en consecuencia, la confianza y la imagen que tiene la persona en su entorno social ⁴.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional de manera recurrente ha precisado, que

difícilmente puede considerarse violado el derecho al buen nombre o a la honra – entendida ésta como la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida en atención a su valor intrínseco y a su propia imagen⁵ –, cuando es la persona directamente quien le ha impuesto el desvalor a sus conductas y ha perturbado su propia imagen ante la colectividad. En esos casos, es claro que “no se viola el derecho al buen nombre y a la honra, si es la misma persona la que con sus acciones lo está pisoteando y por consiguiente perdiendo el prestigio que hubiera conservado”⁶ si hubiera advertido un “severo cumplimiento de sus deberes respecto del prójimo y respecto de sí mismo.”⁷.

Se reitera en este sentido que la misma entidad demandada a través del Director de Personal del Ejército manifestó que el actor obtuvo un puntaje bueno en los exámenes de competencia en la Escuela de armas y servicios y llenó los demás requisitos exigidos para ascender al grado inmediatamente superior. (folio 38).

Lo anterior aunado a que dentro del expediente no reposa prueba alguna que indique que el actor no fue ascendido por no haber superado las pruebas o los requisitos generales y especiales requeridos para el ascenso, tampoco se señala que no tuviera las aptitudes necesarias y exigidas por las normas sobre carrera militar. Al contrario, tanto en las respuestas dadas al actor por la demandada, como en las dadas al Despacho Judicial que conoció de esta acción se desprende que en ninguna forma el motivo del no ascenso hubiese sido alguna causa o motivo inherente a éste o a su desempeño. Como se señaló llenó todos los requisitos necesarios para obtener el ascenso a Sargento Mayor y esta ha sido la información suministrada en todo momento por la demandada.

Como se observa siempre se ha dado la versión verdadera y que corresponde a la realidad de los hechos, por lo tanto, no encuentra esta Sala que se haya desplegado actuación o hecho alguno proveniente del demandado que empañara el buen nombre o la imagen del actor; tampoco se ha establecido que el actor mismo haya perturbado su imagen frente a la colectividad, por lo cual se considera que no se ha vulnerado el derecho fundamental invocado, pues no existe prueba que ante el medio castrense el actor se encuentre desprestigiado en su imagen o nombre en razón a los hechos que motivaron la presente acción.

6. De la presunta vulneración del derecho al trabajo.

Considera el actor que se vulnera este derecho por el demandado al verse afectado en sus condiciones justas de trabajo por el no ascenso al grado de Sargento Mayor habiendo superado satisfactoriamente todo el proceso.

El derecho fundamental al trabajo, consagrado en nuestra Carta Política en el artículo 25, implica no sólo un derecho del ciudadano, sino también una obligación social.

El derecho social fundamental al trabajo proviene de la necesidad que tiene todo ser humano de procurarse los medios necesarios para la subsistencia y al mismo tiempo a través del mismo está contribuyendo el desarrollo social en beneficio y para el bienestar de la comunidad.

Así mismo señala la Carta que el derecho al trabajo merece la especial protección del Estado y agrega que: “Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

En este sentido el Estado interviene regulando en general las condiciones de trabajo a fin de garantizar al trabajador el cumplimiento de estas. Es así como el legislador regula materias, tales como, la jornada máxima de trabajo, el trabajo nocturno, horas extras, descanso obligatorio, higiene y seguridad, etc. No obstante, es usual que de hecho se presenten abusos por parte del patrono, tales como, jornadas excesivas o prolongadas, generalización del trabajo nocturno, inobservancia sistemática del descanso dominical y de festivos, violación de las normas de higiene y seguridad; conductas que en circunstancias específicamente analizadas menoscaban la dignidad humana. También lo son las formas de trabajo forzado o de esclavitud laboral y todo sistema que implique explotación u opresión del trabajador.

Dada la diversidad de situaciones laborales que pueden presentarse y que podrían atentar contra las condiciones dignas y justas en que deba desarrollarse el trabajo, es necesario estudiar y valorar en cada caso en concreto si realmente se atenta contra las condiciones dignas y justas del trabajador.

En el presente asunto el actor no señala expresamente, como tampoco demuestra cuales son las condiciones laborales indignas e injustas. Simple y llanamente señala en términos generales que el hecho de no haber ascendido en el escalafón de suyo implica afectación a sus condiciones justas de trabajo.

Considera la Sala que el ascenso tan solo representaba una expectativa laboral de mejorar en sus condiciones laborales, más estrechamente ligadas a la parte económica en cuanto significaba un mejor salario, así mismo se verían incrementadas sus prestaciones económicas y tendría un estatus superior; que no por ello significa que el trabajo que realiza en el cargo actual o las condiciones que lo rodean sean no dignas o injustas. No es dable afirmar como lo pretende el actor que el cargo entre más abajo se encuentre en el escalafón conlleva condiciones intrínsecas indignas e injustas, de las cuales se aleja o abandona el trabajador a medida que asciende dentro de la carrera militar.

7. De la presunta vulneración del derecho al debido proceso.

El derecho al debido proceso se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 29, debiéndose garantizar no sólo en las actuaciones judiciales, sino en todas las realizadas por las autoridades para el cumplimiento de los cometidos estatales, la prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

El inciso segundo de dicho precepto se refiere a la observancia de las normas sustantivas y procedimentales propias de cada actuación o juicio, garantía que forma parte del derecho al debido proceso.

En forma general es debido el proceso que cumple con todas las condiciones, exigencias y requisitos legales necesarios para garantizar la efectividad del derecho material.

La facultad discrecional que la ley concede en algunos eventos a la autoridad, se encuentra relacionada con el debido proceso en la medida en que muchas veces su ejercicio no conlleva una libertad absoluta sino que se encuentra reglada o restringida por las mismas disposiciones legales. Cabe señalar que la facultad discrecional no es sinónimo de “capricho” o “arbitrariedad”, de tal manera que toda decisión por mayor o menor margen de discrecionalidad de que se disponga, debe consultar los fines del estado y estar acorde a los hechos que le sirven de fundamento.

Es así como el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo señala que toda decisión discrecional sea de carácter general o particular, debe ser adecuada a los fines de la norma

que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirvan de causa.

“Siendo pues, como se ha expresado, la regla general, la sujeción del servidor público a la ley, ésta misma, en oportunidades, de manera excepcional, autoriza cierto grado de discrecionalidad en la función pública que consulta valores e intereses superiores como los fines del Estado (art. 2o. C.N.), la soberanía (art. 3o. C.N.), la existencia misma del Estado de Derecho, entre los más habituales, que conjugan la idea que el constituyente tiene del modo de vida que aspira a organizar en la Constitución, es decir, del interés general y de la seguridad colectiva.

Pero lógicamente no pueden entenderse esas facultades discrecionales como sinónimos de arbitrariedad. Un subjetivismo extremo sería contrario no sólo a las causas históricas y filosóficas más profundas del Estado de Derecho, sino también a las aspiraciones colectivas, que encuentran como justificación el constitucionalismo contemporáneo. Que no son otras, en la materia tratada, que la del gobernante con poderes atribuidos expresamente en la ley, y con alcances ciertos.

El poder discrecional otorgado en oportunidades a los funcionarios públicos es un poder sometido a los lineamientos generales del régimen político, a su espíritu, a su filosofía, contenidos en los principios, valores y proclamas que establecen las normas constitucionales, contentivas del interés general, que no es de este modo entendido, un concepto jurídico indeterminado; pues el desarrollo jurídico constitucional lo precisa a través de aquellos elementos en nuestros días.

(...)

Poder Discrecional y Debido Proceso

La dinámica del poder discrecional plantea un conjunto de elaboraciones frente al derecho fundamental del debido proceso a fin de precisar los avances de una y otra realidad jurídica, según los preceptos constitucionales. En primer lugar, debe señalarse que la discrecionalidad como facultad funcional pública excepcional, puede ser más o menos reglada. De donde se desprende que será mucho más definido el debido proceso en los casos en que el legislador haya dispuesto una regulación del uso de la facultad discrecional; ...

(...)

De otra parte, en casos concretos, pueden resultar conflictos de apreciación del interés público provenientes de la perspectiva que se adopte al abordar la delimitación de sus contornos. Uno resulta el interés público apreciado desde el ángulo de la competencia de la autoridad pública y otro el visto desde la perspectiva del amparo del derecho fundamental.

En primer lugar debe afirmarse que el poder discrecional resulta un límite de los derechos fundamentales, que como es bien sabido, no puede atentar contra el núcleo esencial de los mismos. Esta doble afirmación permitirá ponderar en cada caso la conveniencia o inconveniencia de favorecer la eficacia del poder discrecional o del derecho fundamental ...

(...)

La competencia discrecional se entiende como una liberación de las formas de expresarse la administración pública en la que los procedimientos, prerrogativas y derechos de los particulares provenientes de dicho ejercicio tienen el carácter de liberalidad cuando son otorgantes y de potestad soberana cuando restringen, limitan o niegan el derecho del particular. De manera que anticipadamente la ley favorece el poder discrecional frente a la situación particular. Lo que hace que salvo situaciones fácticas de atropello de la civilidad, el racional ejercicio de la facultad discrecional, no admite aducir el derecho de defensa, se repite por la prevalencia del interés general. Resulta de este modo inconducente la alegación del demandante de un pretendido derecho de defensa vistas las circunstancias que rodean los hechos objeto de definición”.

En relación con el presente asunto, llama la atención especial de la Sala la respuesta del Director de Personal del Ejército a la acción de tutela señalando a folio 55 del expediente que: “la justificación del no ascenso del actor no sólo es objetiva y razonable sino que esta sustentada en normas como el Decreto de la Carrera de oficiales y suboficiales y la circular de Ascenso”.

Agrega a folio 56 que el ascenso se realizó de conformidad con el párrafo del artículo 51 del Decreto 1211 de 1990 según el cual el Comando de la Fuerza: “escogerá libremente entre los sargentos primeros que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto”. Facultad discrecional que como se observa se encuentra limitada o

condicionada al cumplimiento previo “de las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto”, por parte de los aspirantes. Por lo tanto, dicha discrecionalidad no puede asimilarse a mera liberalidad, puesto que se encuentra reglada, esto es limitada, condicionada al cumplimiento de ciertos supuestos de hecho determinados en las normas sobre carrera militar.

No obstante lo anterior, se observa que la facultad discrecional a que se alude por el demandado para escoger libremente entre los sargentos primeros aquellos que debían ascender, fue discrecional en tanto que decidió acoger sin reparo alguno el concepto o recomendación del Comité, pero, sin entrar a evaluar el cumplimiento y estricta observancia de los preceptos del decreto 1211 sobre carrera y la Circular de Convocatoria No. 43452 de octubre de 1999, a fin de seleccionar para ascenso a los Sargentos Primeros que reunían realmente las condiciones generales y específicas establecidas en dichas normas, dado que el uso de su facultad discrecional se encontraba reglada y por ende, sujeta a dichos preceptos.

Se observa por esta Sala que el Acta No. 001 de fecha marzo 2 de 2000 emanada del Comité de Ascensos y que obra a folio 64 a 67 del expediente, en que se deja constancia de que sus miembros se reunieron con el fin de evaluar las condiciones profesionales y morales para determinar el ascenso al grado inmediatamente superior a realizarse en marzo de 2000, que sirvió de soporte al Comando de la Fuerza Militar para decidir sobre los mismos, contentiva de la recomendación de ascenso por orden de clasificación, adolece de vicios que vulneran el debido proceso.

Es así, como se verifica por la Sala que en la Circular No. 43452 de octubre 20 de 1999 solamente aparece el nombre de veintiséis (26) Sargentos Primeros como personal convocado para ascenso a Sargentos Mayores para marzo de 2000, mientras en el Acta No. 001 del Comité de Ascensos sin explicación alguna aparecen tres (3) nombres adicionales de Sargentos Primeros que no se encontraban inicialmente convocados para el ascenso, respecto de los cuales no da cuenta el expediente de que hubiese existido convocatoria adicional que los incluyera en debida forma para el proceso de ascenso, como son: Héctor Manuel Gómez, Luis Alejandro Reyes y César Varón Rengifo. Para un total en esta etapa del

proceso de ascenso, de veintinueve (29) Sargentos Primeros considerados según el Comité para ascenso a Sargentos Mayores.

Con posterioridad en la misma acta, se registra un listado de 27 de los aspirantes, excluido de ésta el actor, bajo el título "Orden de acuerdo al cual pueden ser considerados para ascenso de acuerdo a su estudio". No se menciona razón alguna por la cual el actor no se encuentra comprendido en dicho orden o clasificación para ascenso. Pero, se observa que los tres (3) Sargentos Primeros no convocados desde el inicio para el ascenso sí figuran en dicha clasificación.

A renglón seguido aparecen señalados cuatro (4) nombres, sin estar dentro de ellos el nombre del actor, bajo el título: "Personal no apto por sanidad, pueden ascender con concepto favorable de idoneidad profesional". Dicho personal no apto por sanidad, esto es, que no reunía las condiciones "sicofísicas" generales o comunes a todos los aspirantes acorde a lo señalado en la ley, se encuentra comprendido dentro de los 27 nombres recomendados para ascenso por el Comité.

A folio 60 del expediente aparece la relación del personal convocado y que aspira al ascenso, dejando constancia respecto del sargento primero Salamanca, que "se considera sin perjuicio por justicia". Nombre que igualmente aparece relacionado dentro de los 27 nombres recomendados para ascenso por el Comité en el Acta No. 001.

Tenemos entonces que en total existían ocho (8) aspirantes que tenían impedimento para ascender: cinco (5) no aptos por sanidad, uno (1) por justicia y tres (3) adicionales que no podían excluir a los iniciales, a menos que hubiesen participado en el proceso en debida forma y por convocatoria adicional pero, previa al proceso.

Finalmente, se observa en dicha Acta, que aparece el nombre del actor bajo el título: "Personal que no debe ser considerado para ascenso". Decisión que no contiene motivación ni fundamento alguno, deviniendo en arbitraria y caprichosa, toda vez, que se encuentra ausente justificación, razonamiento o criterio objetivo alguno del cual pueda derivarse la conclusión sentada en la misma de que el actor no debía ser considerado para ascenso; cuando a diferencia de algunos de los ascendidos cumplía a cabalidad con todos los

requisitos mínimos, generales y específicos establecidos por las normas y circulares ya mencionadas y aplicables en la carrera militar.

No es posible que los ocho (8) Sargentos Primeros que debieron ser excluidos, hayan sido ascendidos, sin tener en cuenta que el actor no debió ser excluido.

En el caso en comento, observa esta Sala que no todas las personas consideradas para ascenso, tenían derecho al mismo, porque durante el proceso se demostró como se dijo antes, que ocho (8) de los 29 finalmente considerados para el ascenso no estaban en igualdad de condiciones que el actor, es allí donde se configura el abuso y desviación de poder, no respetando el debido proceso.

Las razones en las que pretende el demandado justificar o fundamentar el no ascenso del actor, no pueden ser consideradas como válidas para esta Sala, porque sencillamente se observa que no existen, pues como se dejó expuesto la recomendación para ascenso emanada del Comité carece de motivación o fundamento y el Comandante del Ejército acogió dicha recomendación sin ajustarse a su facultad discrecional reglada, pues ascendió a personal no apto por sanidad y justicia, así como a personal no convocado para el proceso de ascenso, aún en contravía de las disposiciones que el mismo demandado invoca como fundamento de su decisión, no existiendo razón o justificación valedera para que no se diera el ascenso del actor, máxime cuando consta que reunía todos los requisitos para el ascenso acorde a las disposiciones legales pertinentes.

Ahora, de acuerdo a las mismas disposiciones y de haberse utilizado la facultad discrecional en forma legítima, el actor debió ascender en el escalafón regular, por reunir todos los requisitos y condiciones establecidos en el Decreto 1211 de 1990 y Circular respectiva.

En ningún momento el actor está solicitando el ascenso, (al decir del demandado) por el simple transcurso del tiempo, pues mediante las pruebas aportadas se establece que se encuentra dentro de las circunstancias previstas en los artículos 48, 49, 50 y 51 del Decreto 1211 /90 y superados los requisitos exigidos para ello, procediendo su ascenso dentro del escalafón regular.

En el presente caso el ejercicio del poder discrecional no fue legítimo, por cuanto en la decisión de ascenso y en la recomendación del Comité, no se observaron las disposiciones

legales sobre la carrera militar, mediando debidamente acreditadas en el expediente circunstancias que permiten concluir que no se actuó respetando el debido proceso, como tampoco dentro de la competencia discrecional conferida por la ley, en cabeza del Comandante del Ejército Nacional.

El poder discrecional no se ejerció de manera legal por parte de la entidad demandada al proferir el acto de ascenso de suboficiales en marzo de 2000, ya que su decisión de no ascender al actor no obedeció a los fines y objetivos perseguidos por la normatividad, ni se respetaron los hechos y causas que dieron origen al proceso de ascenso, apartándose de las normas legales que limitaban o reglaban dicha facultad discrecional.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido por Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, pero, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 CEDH. Sentencia del 23 de julio de 1968 P.34

2 Corte Constitucional. Sentencia T-411/95. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

3 Corte Constitucional. Sentencia T-228/94. M.P Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

4 Ibídem.

5 Ibídem.

7 Corte Constitucional. Sentencia C- 063 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.