

DERECHO DE IGUALDAD - No excluye el trato diferenciado frente a personas en diferentes situaciones fácticas

El derecho fundamental a la igualdad, el cual, se encuentra consagrado de manera expresa en el artículo 13 de la Constitución Nacional e impone la obligación a todas las autoridades del Estado de proteger y suministrar el mismo trato a las personas sin distinción de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Sin embargo, lo anterior no implica que no puedan establecerse diferencias por cuanto tal derecho no excluye el trato diferenciado. La igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran en situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales. Así mismo, la fórmula según la cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” debe analizarse bajo el entendido de que el tratamiento diferenciado para situaciones similares no es en sí mismo violatorio del derecho a la igualdad y que, por el contrario, un tratamiento idéntico sí podría resultar violatorio de la regla. No obstante, ha dicho la Corte Constitucional que el hecho de que el legislador pueda establecer tratamientos diferenciados no es garantía suficiente de que los mismos sean legítimos a la luz de los preceptos constitucionales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13

NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional, sentencia C-171 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 25000-23-15-000-2009-01009-01 (AC)

Actor: LUIS FERNANDO BEDOYA RODRIGUEZ

Demandado: JEFATURA DE EDUCACION Y DOCTRINA DEL EJERCITO NACIONAL

FALLO

Decide la Sala la impugnación presentada por el accionante contra la providencia de 30 de julio de 2009 proferida por la Sección Primera - Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela instaurada.

ANTECEDENTES

El señor LUIS FERNANDO BEDOYA RODRÍGUEZ, en nombre propio, instauró acción de tutela contra la Jefatura de Educación y Doctrina del Ejército Nacional, por considerar vulnerado su derecho fundamental a la igualdad.

Hechos:

El actor indica como hechos relevantes que dieron origen a la presente acción los siguientes:

Actualmente es miembro activo del Ejército Nacional en el grado de Teniente de Infantería y cuenta con una antigüedad de 7 años y medio, al ser egresado del curso “*Ramón Arturo Rincón Quiñones*” en el mes de diciembre de 2001.

Sostiene que el 12 de junio de 2009 realizó presentación mediante Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército de traslado No. 1239 del 20 de abril de 2009, “*por la cual se ordena que salga trasladado desde el batallón de selva No. 50 con sede en Leticia Amazonas a la ESASE “Escuela de Armas y Servicios” en la ciudad de Bogotá*”. Precisa que la finalidad del mencionado traslado era realizar el curso de ascenso previsto en el literal C, artículo 53 del Decreto 1790 de 2000¹, como requisito para el ascenso de oficiales, que en su caso, sería al grado de Capitán del Ejército Nacional para el 1º de diciembre de 2009.

Manifiesta que ese mismo día les informaron que a partir del 16 de junio de 2009 se iniciarían los exámenes de admisión y prueba física, además les advirtieron que quien perdiera algún examen o la prueba física sería devuelto a la unidad de origen y volvería a ser llamado a curso el siguiente semestre. Aduce que dicha advertencia fue sorpresiva para él, ya que sólo hasta ese momento se enteró de la realización de un examen médico y de la presentación de una prueba física, con la condición de que si esta última no era aprobada se tendrían que devolver.

Observa que la sorpresa fue mayor al enterarse que al grupo anterior de oficiales, que participó en el curso para ascenso, les fue realizado el examen físico y de

¹ “*por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”.

natación una vez iniciado dicho curso y no como requisito o condición para ingresar al mismo. A dicho grupo tampoco les impusieron la exigencia de que al no superar la prueba tendrían que volver a la unidad de origen.

Indica que los oficiales que participaron en el curso de capacitación para ascenso el 28 de noviembre de 2008, presentaron una prueba física entre el 5 y el 12 de enero de 2009, es decir, tuvieron casi un mes para su preparación física. Aclara que los mencionados oficiales en su gran mayoría son compañeros suyos y salieron de la Escuela Militar el mismo año, pero por organización de la Jefatura de Educación y Doctrina, el grupo es dividido.

Señala que el 24 de junio de 2009 se realizó la prueba física en la Escuela José María Córdoba, en la que únicamente les tomaron la tensión. Aclara que no presentó la prueba de natación ya que tenía excusa médica por encontrarse en un tratamiento dermatológico de una enfermedad conocida como "*Psoriasis*", lo cual le impide bañarse en piscinas.

Agrega que entre el 14 y el 24 de junio sólo pasaron 10 días y ello, sumado a las múltiples labores que realizó, le impidió concentrarse y prepararse para la nivelación física.

Informa que el 30 de junio de 2009 le comunicaron que perdió la prueba junto con 18 tenientes más y un personal de capitanes y que posteriormente fueron llevados al Comando del Ejército Nacional, en donde el Jefe de Educación y Doctrina del Ejército Nacional les informó que la orden era volver a la unidad de origen y el próximo semestre los volverán a llamar a curso. También les manifestó que "*lo que tuviéramos que decir lo hiciéramos basándonos en la directiva permanente No. 0267 y que no había nada que hacer*".

Por lo anterior, se reunieron con el Comandante del Ejército Nacional, quien ordenó que los oficiales que perdieron la prueba se presentaran al día siguiente con el fin de verificar la situación del personal que tenía problemas de sanidad. Aduce que ese mismo día les fue leída la Directiva Permanente No. 0267 y firmaron un acta en la que se deja constancia sobre el conocimiento de dicha directiva, la cual tiene fecha de 20 de mayo de 2009, pero sólo hasta ese momento tuvieron conocimiento de ella.

Indica que el 1º de julio de 2009 a las 5:30 a.m. presentaron nuevamente la prueba, en la que nuevamente les tomaron la tensión y posteriormente les informaron que una parte del personal pasó la prueba física y la otra no.

Aduce que el 2 de julio de 2009 les dijeron que debían esperar la decisión del comando superior por lo que los llevaron al sótano del edificio Bicentenario y posteriormente al Comando del Ejército en donde el Jefe de la Sección de Traslados señaló que la escuela enviaría un oficio con la relación del personal que no había aprobado los exámenes de admisión para el curso de capacitación y agregó que el Teniente de Infantería María Juan Quesada Gutiérrez, no se relacionaría en dicho oficio, ya que pertenecía a otra fuerza.

Con fundamento en lo anterior aduce que existe desigualdad entre los oficiales que no aprobaron el curso y el mencionado Teniente de Infantería, toda vez que este último, a pesar de haber perdido la prueba física, no será devuelto a su unidad de origen sino que permanece en el curso de ascenso y tiene la oportunidad de entrenar para presentar de nuevo las pruebas físicas y aprobarlas, prerrogativa de la cual fueron excluidos los demás compañeros.

Finalmente, informa que el 8 de julio de 2009 fue trasladado al Batallón de Policía Militar No. 15 en Bogotá.

Resalta que logró obtener copia de la Directiva Permanente No. 0267 de 20 de mayo de 2009 la cual establece los parámetros para el llamamiento, selección, admisión y ascensos reglamentarios de los alumnos, sin embargo, la misma no había sido publicada ni comunicada al personal de oficiales y suboficiales que se verían afectados con esa disposición.

Sostiene que en esa directiva se señalan términos como de 90 días para el llamamiento del personal con el fin de que se preparen para la presentación de los exámenes. Igualmente se refiere a la realización de exámenes médicos en el Centro de Investigación de Cultura Física del Ejército Nacional, directivas que en su caso no se cumplieron, lo cual a su juicio evidencia la aplicación improvisada de la directiva 0267. Agrega que dicha directiva tiene defectos evidentes.

Concluye que, por lo anterior, su carrera militar sufriría un atraso en el grado ya que más del 50% de sus compañeros de promoción realizaron el curso de capacitación básica el semestre pasado, sin que se les exigiera presentar

exámenes de admisión, afectando su derecho a la igualdad y privándolo de otros derechos consagrados en las leyes y reglamentos.

Manifiesta que el hecho de no permitírsele el ingreso al curso de ascenso en virtud de un requisito que no fue comunicado con antelación, ni fue para todos los oficiales compañeros de curso, no sólo afecta el normal desarrollo de su carrera militar, sino su antigüedad en el grado, generándole un perjuicio irremediable

Pretensiones

La parte actora solicita el amparo del derecho invocado y que en consecuencia se:

“(...) ordene a la JEFATURA DE EDUCACIÓN Y DOCTRINA y Escuela de armas y Servicios ESASE, me permita seguir adelantando el curso de ascenso al que fui llamado por orden administrativa de personal del comando del Ejército, traslado No. 1239 para el 20 de abril del 2009 artículo 1—589 tenientes.”

Una vez avocado el conocimiento de la presente acción por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección B, se ordenó notificar a la parte accionada y se le solicitó rendir informe acerca de los hechos que fundamentan la acción de tutela. (fls. 21 y 52)

Oposición

▪ **El Jefe de Educación y Doctrina del Ejército Nacional**, solicita que se declare la improcedencia de la acción incoada toda vez que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental.

Hace un breve recuento de las normas sobre evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y concluye que en el presente caso no existió un trato desigual, por cuanto el término de comparación que sirvió de base en el proceso de admisión a la Escuela de Armas de Servicios aplicado al actor, fue frente a sus iguales, es decir, frente a los Oficiales del Ejército Nacional.

Agrega que el señor BEDOYA RODRÍGUEZ se encuentra en idénticas condiciones y circunstancias que los mencionados oficiales y advierte que las Directivas Permanentes 300-6 de 2007 y 0267 de 2009 son documentos rectores

del Ejército Nacional y no de la Armada Nacional y por ello no se puede dar aplicación a las mismas para un miembro de otra fuerza.

Trascribe jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a la justificación de un trato desigual al aplicar el principio de razonabilidad con lo que fundamenta que una cosa es la concepción para la cual son formados los Oficiales de las armas en el Ejército Nacional y otra la que corresponde a los Oficiales de la Armada Nacional. Reitera que al actor se le evaluó de conformidad con las normas que para el caso rigen a todos los Oficiales del Ejército Nacional, para lo cual cada fuerza cuenta con la discrecionalidad y autonomía de establecer los criterios de evaluación para la admisión de los cursos.

EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección B, mediante providencia de 30 de julio de 2009, declaró improcedente la acción de tutela invocada por el actor al advertir la existencia de otro medio de defensa judicial y no haberse demostrado un perjuicio irremediable.

El *a quo* analizó las normas sobre evaluación y clasificación de oficiales y suboficiales, no obstante, señaló que la acción fue instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable el cual no fue demostrado de manera concreta y específica dentro del acervo probatorio, razón por la cual consideró inviable el estudio de fondo de la acción de tutela.

Además consideró que el actor puede acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para controvertir el acto administrativo de evaluación, previa interposición del recurso de apelación, según el artículo 6º de la Disposición 039 de 28 de julio de 2003

La Impugnación

El accionante inconforme con la decisión de primera instancia la impugnó e insistió en los argumentos expuestos en el escrito de tutela.

Manifiesta que no está de acuerdo con el *a quo* cuando señala que no se demostró un perjuicio irremediable, toda vez que dicho perjuicio se evidencia en la discriminación y desigualdad frente a sus compañeros de curso, ya que al no aprobar el curso no tendrá la posibilidad de ascender el 1º de diciembre de 2009,

fecha en la que se percibirá el perjuicio ya que frente a sus compañeros tendrá inferior poder de mando, con menos derechos laborales y se retrasará la antigüedad en el grado.

Agrega que discrepa con las consideraciones del Tribunal frente a la posibilidad de controvertir la disposición 039 de 28 de julio de 2003, pues la misma trata de la forma de diligenciamiento y trámite del proceso de evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales, quiere decir que simplemente es una especie de instructivo para los funcionarios evaluadores de los militares. Es el Decreto 1799 de 2000 el que consagra las normas sobre evaluación y clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Precisa que el tema de evaluación de las pruebas físicas y de conocimiento de los oficiales que están en curso de ascenso se regula a través de las normas que apruebe el Ministerio de Defensa Nacional, las cuales son distintas y especiales a lo normado por el Decreto 1799 de 2000 y la disposición 039 de 28 de julio de 2003.

Indica que el examen físico que lo marginó del curso de capacitación para el ascenso fue impuesto mediante Directiva Permanente No. 0267 de 20 de mayo de 2009, suscrita por el Segundo Comandante y JEM del Ejército, directiva que fue de su conocimiento a último momento y de forma sorpresiva cuando ya había iniciado el curso de capacitación. Así mismo, dicha directiva no consagra recurso de apelación contra el resultado de las pruebas, es decir, no existe la posibilidad de controvertir esa decisión con lo que se puede establecer sin lugar a dudas que no existe otro medio de defensa judicial idóneo y efectivo para la protección de su derecho.

Trámite previo

Previo a resolver sobre la impugnación interpuesta por la parte actora, el despacho sustanciador, mediante auto de 11 de septiembre de 2009, solicitó a la Jefatura de Educación y Doctrina del Ejército Nacional informar sobre los actos de publicidad que se surtieron, así como el desarrollo de los “*cursos de ascenso*” que se realizaron en virtud de la Directiva Permanente No. 0267 de 20 de mayo de 2009.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional se reglamenta mediante el Decreto 2591 de 1991 que en el artículo 1° establece: "**Toda persona** tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, **la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales**, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto", **la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial**, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Mediante el ejercicio de la presente acción y con el fin de darle protección al derecho fundamental a la igualdad, el actor pretende en concreto que se le permita seguir adelantando el curso de ascenso al que fue llamado por *Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército, traslado No. 1239 para el 20 de abril del 2009*, cuya finalidad es realizar el ascenso de oficiales, que en su caso, sería al grado de Capitán del Ejército Nacional para el 1° de diciembre de 2009.

Lo anterior por cuanto afirma que a las personas que se presentaron a curso de ascenso en oportunidad anterior a la suya, esto es, en el año de 2008, se les dio trato diferente y no tuvieron que efectuar pruebas de admisión, en contraste, él tuvo que presentar dichas pruebas con poco tiempo de preparación física. Agrega que al compañero de curso Teniente de Infantería de Marina *Quesada Gutiérrez Juan*, a pesar de que tampoco sobrepasó las pruebas, le fue permitido continuar en el curso de ascenso.

En primer lugar es preciso advertir que en el presente caso, según se observa del expediente, no existe acto administrativo de evaluación alguno el cual pueda ser controvertido ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por consiguiente, el actor no cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo para la protección del derecho fundamental invocado, razón por la cual considera la Sala que el estudio de fondo de la acción de tutela es procedente con el fin de establecer si la entidad accionada con su conducta violó o no el derecho a la igualdad del actor.

Teniendo en cuenta las afirmaciones del actor es del caso hacer las siguientes

anotaciones:

1. Derecho fundamental a la igualdad no excluye el trato diferenciado:

Previo a pronunciarse respecto al caso en estudio, es preciso recordar lo atinente al derecho fundamental a la igualdad, el cual, se encuentra consagrado de manera expresa en el artículo 13 de la Constitución Nacional e impone la obligación a todas las autoridades del Estado de proteger y suministrar el mismo trato a las personas sin distinción de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Sin embargo, lo anterior no implica que no puedan establecerse diferencias por cuanto tal derecho no excluye el trato diferenciado. La igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran en situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales.

Así mismo, la fórmula según la cual *“hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”* debe analizarse bajo el entendido de que el tratamiento diferenciado para situaciones similares no es en sí mismo violatorio del derecho a la igualdad y que, por el contrario, un tratamiento idéntico sí podría resultar violatorio de la regla. No obstante, ha dicho la Corte Constitucional² que el hecho de que el legislador pueda establecer tratamientos diferenciados no es garantía suficiente de que los mismos sean legítimos a la luz de los preceptos constitucionales.

2. Caso concreto:

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el señor BEDOYA RODRÍGUEZ se presentó al curso de ascenso para Capitán del Ejército el 12 de junio de 2009, según se informa en el escrito de tutela y se colige del registro de su hoja de vida visible a folio 43. En una primera oportunidad presentó las pruebas física y de natación de admisión al curso, sin sobrepasarlas, frente a lo cual se le brindó la oportunidad de repetir las pruebas, desaprobándolas nuevamente; en consecuencia, fue excluido del curso y trasladado al Batallón de Policía Militar No. 15 en Bogotá (fl.3).

² Ver sentencia C- 171 de 2004 Corte Constitucional, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, *“demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 76, 77, 78, 79 y 80 (parciales) del Decreto 1790 de 2000”*

Es claro para la Sala que el hecho de que el actor no hubiera sobrepasado las pruebas que reglamentariamente fueron establecidas por la Directiva Permanente 0267 de 20 de mayo de 2009, implica su no ingreso al curso de ascenso. No obstante, según lo informa el mismo actor en el escrito de tutela, quien no haya sobrepasado las pruebas de ingreso será llamado *“para presentar nuevamente las pruebas de admisión para el próximo curso de capacitación”*.

De otra parte, es preciso señalar que la Directiva Permanente 0267 de 20 de mayo de 2009 se aplica al personal del Ejército Nacional, por consiguiente, sus directrices y parámetros no tienen vocación de reglamentar situaciones de otras Fuerzas como la Armada Nacional o la Fuerza Aérea.

Por lo expuesto, considera la Sala que no hubo vulneración alguna del derecho a la igualdad por parte de la accionada, habida cuenta que el actor no sobrepasó las pruebas indispensables para ingresar al curso de ascenso, lo que conllevó su traslado a la Base donde actualmente se encuentra. De otro lado, la Directiva aplicada al actor reguló situaciones posteriores a su entrada en vigencia, es decir, a partir del 20 de mayo de 2009, por lo que la situación del curso anterior aludida por el actor, no se rigió por dicha reglamentación. Además, dicha normativa tampoco es aplicable al caso del integrante de la Armada Nacional Teniente de Infantería de Marina Quesada Gutiérrez Juan, por cuanto, se repite, de ella son destinatarios únicamente los integrantes del Ejército Nacional y no los de aquella fuerza.

Finalmente, en el caso del señor BEDOYA RODRÍGUEZ, no se configura un perjuicio irremediable, toda vez que como él mismo lo manifestó en el escrito de tutela, la entidad accionada realizará en seis meses una nueva convocatoria para el curso de ascenso en las Fuerzas Militares. Además, no se encuentra acreditado en el expediente las circunstancias de gravedad e inminencia, que requieran medidas urgentes e impostergables en el presente caso, dado que el hecho de no graduarse en diciembre de este año, si bien, tal como lo indica, hace que su carrera militar se retrase, ello como tal no representa un daño irreparable pues para el siguiente semestre tendrá la oportunidad de presentarse nuevamente al curso de ascenso y seguramente para ese momento estará preparado físicamente para la correspondiente prueba de admisión al mismo.

En consecuencia esta Corporación revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección B mediante la cual declaró

improcedente la solicitud de tutela incoada por la parte actora y en su lugar negará la acción de tutela instaurada por el señor LUIS FERNANDO BEDOYA RODRÍGUEZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta - Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A

1. **REVÓCASE** la providencia de 30 de julio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección B, objeto de impugnación y en su lugar, **NIÉGASE** la acción de tutela instaurada por el señor LUIS FERNANDO BEDOYA RODRÍGUEZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. Envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ