



Sentencia T-011/17

Referencia: Expediente T-5.731.786

Acción de tutela formulada por Mariela Sánchez González, contra el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del trámite de la sentencia de tutela proferida en primera instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, el 11 de noviembre de 2015; y que concluyó en segunda instancia mediante la decisión adoptada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 28 de junio de 2016, dentro del proceso de amparo formulado por Mariela Sánchez González, contra el Juzgado Segundo

Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Mediante auto de diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve escogió el expediente de la referencia y lo asignó, previo reparto, al Magistrado Alberto Rojas Ríos para efectuar su revisión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política y en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, indicando como criterio de selección: *Tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional*.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1 Señala la parte actora que cuando el joven David Argenis Trespalacios Sánchez fue reclutado por el Ejército Nacional como soldado regular estaba en perfectas condiciones de salud. Sostiene que el 28 de junio de 2011, cuando el mencionado joven se encontraba en operaciones antiguerrilla en jurisdicción del Municipio de El Zulia, sus compañeros le robaron el teléfono celular y la billetera, lo que le ocasionó un episodio de desespero y angustia, motivo por el cual desertó y se presentó en su casa, en pantaloneta y con trastornos de ansiedad.

En vista de la anterior situación, el soldado fue llevado por sus familiares hasta el Batallón Mecanizado Maza N° 5, donde fue atendido, pero por la gravedad de la situación lo remitieron al Hospital Mental Rudesindo Soto de la ciudad de Cúcuta, donde fue hospitalizado por ocho días.

Los médicos siquiátras de ese centro de salud lo remitieron a su casa, ordenándole medicinas acordes con el estado de salud mental deteriorada. Con posterioridad, el 23 de febrero de 2012, el señor Trespalacios Sánchez fue sometido a examen por la Junta Médica del Ejército Nacional¹, entidad que concluyó que presentaba pérdida de capacidad laboral equivalente al 10.5%.

1.2 Con fundamento en la afectación de su estado de salud, el señor Trespalacios Sánchez formuló acción de reparación directa contra la Nación Colombiana –Ministerio de Defensa Nacional y Ejército Nacional de Colombia–, correspondiéndole por reparto al Juzgado

¹ Radicado No. 49389. Folio 2.

Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, asignándole el radicado 54 001 33 33 002 2012 00064 00.

En demanda se solicitó la práctica del dictamen pericial, por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, decretada por el A Quo y practicada el 05 de septiembre de 2013, donde se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 100%.

Por su parte, el Juez de Conocimiento, de oficio decretó la práctica del interrogatorio de parte del conscripto, al cual se efectuó la siguiente pregunta:

“PREGUNTADO.- Dentro del servicio militar recuerda usted en qué actividades participó.- **CONTESTÓ.-** A ver. A nosotros nos sacaron para Sardinata a hacer una labor de prestar servicio en la villa, prestar seguridad en la villa, de ahí nos mandaron para la Angelita donde estuvimos como ocho días y de ahí nos mandaron para el Chácara (...).”

1.3 Con fecha 28 de mayo de 2014, el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cúcuta, dictó sentencia denegando las pretensiones de demanda, señalando que si bien la afectación a la salud del soldado conscripto se produjo durante la prestación del servicio militar, el daño no se produjo por el cumplimiento de dicha actividad.

Sobre la configuración del daño señaló:

“En el presente asunto, se tiene demostrado el daño invocado por la parte actora más no las circunstancias en las cuales ocurrió el mismo, es decir, está debidamente probado que David Argenis Traspalados Sánchez, durante la prestación del servicio militar en calidad de soldado regular, sufrió ciertos padecimientos con manifestaciones de trastorno y ansiedad que desencadenaron en psicosis esquizofrenia, que trasciende en pérdida de capacidad laboral en un 100% como lo determinó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander según dictamen N° 4720/2013.

Se advierte por el Despacho no haberse acreditado la causa o las razones que generaron los padecimientos de tipo mental que ciertamente se suscitaron durante la prestación del servicio militar obligatorio, pues se tiene que conforme al Decreto 094 de 1989, los miembros de la fuerza pública deben aprobar un examen de capacidad psicofísica (art. 5), para efectos de

determinar si reúnen "las condiciones sicofísicas para el ingreso y permanencia en el servicio" (art. 2), lo que se traduce en que el señor David Argenis Trespalcios Sánchez ingresó en perfectas condiciones de salud tanto físicas como psíquicas a prestar el servicio militar obligatorio.”².

En relación con el nexo causal entre el daño y la prestación del servicio militar señaló:

“En el presente asunto, se tiene demostrado **el daño** invocado por la parte actora más no las circunstancias en las cuales ocurrió el mismo, es decir, está debidamente probado que David Argenis Trespalcios Sánchez, durante la prestación del servicio militar en calidad de soldado regular, sufrió ciertos padecimientos con manifestaciones de trastorno y ansiedad que desencadenaron en psicosis esquizofrenia, que trasciende en pérdida de capacidad laboral en un 100% como lo determinó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander según dictamen No. 4720/2013”.

Se advierte por el Despacho no haberse acreditado la causa o las razones que generaron los padecimientos de tipo mental que ciertamente se suscitaron durante la prestación del servicio militar obligatorio, pues se tiene que conforme al Decreto 094 de 1989, los miembros de la fuerza pública deben aprobar un examen de capacidad psicofísica (art. 5), para efectos de determinar si reúnen ‘las condiciones sicofísicas (sic) para el ingreso y la permanencia en el servicio’ (art. 2), lo que se traduce en que el señor David Argenis Trespalcios Sánchez ingresó en perfectas condiciones de salud tanto físicas como psíquicas a prestar servicio militar obligatorio.

Concluye el Despacho que no se acreditó por la parte actora la causa o razón que generó la patología que soporta el señor David Argenis Trespalcios Sánchez, toda vez que en el escrito de demanda se señala como fecha de los hechos el día 28 de junio de 2011 y se le atribuye a las actividades de contraguerrilla desarrolladas por la compañía a la que hacía parte el conscripto en cita, fecha en la que se indica le hurtaron su celular y billetera, hecho este que no se prueba, pues cierto es que no existe informe administrativo alguno que dé cuenta de las circunstancias de modo tiempo y lugar que acrediten el

² Folio 3.

mismo, como tampoco se desprende de la declaración dada por el prenombrado, pues en su dicho que bien pudiera merecer la valoración especial por la pérdida de capacidad laboral en un 100% y la patología que presenta, en la misma afirma no recordar, ni se lo atribuye a las actividades propias del servicio militar, si bien es cierto trata de un sentimiento de miedo, éste debido a historias narradas respecto de grupos al margen de la Ley pero no a sucesos vividos por el mismo, que de forma clara o contundente pudiera atribuírsele al servicio militar obligatorio.”³.

1.4 Inconforme con la decisión David Argenis Trespalacios Sánchez apeló el fallo de primera instancia. El conocimiento del proceso correspondió al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, autoridad judicial que en sentencia del 28 de mayo de 2015 confirmó la decisión empleando los siguientes argumentos:

“Así para esta Sala de Decisión se encuentra corroborado el daño como evento objetivo, y en efecto el daño es el primer elemento que debe evaluar el juzgador pues sin daño no hay reparación, por lo que si este no se encuentra corroborado probatoriamente no es menester profundizar en el análisis de los otros elementos de responsabilidad.”

Imputación del daño al Estado

Ahora bien, acreditado el daño, debe abordarse el análisis del otro elemento de responsabilidad, de decir, desde el plano de la imputación, corresponde determinar si la lesión psicofísica sufrida por el conscripto Trespalacios Sánchez, es atribuible a la entidad demandada, en razón a que ocurrió durante el servicio militar obligatorio, es decir; resulta necesario el que exista una relación directa e inmediata entre la conducta del Ejército Nacional y el daño causado al conscripto.”.

De las causas generadoras del trastorno mental

Alega la parte demandante, que la enfermedad mental sufrida por el conscripto se produjo –entre otras– por los hechos acaecidos el día 28 de junio de 2011, siendo necesario para esta sala de decisión establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos; ahora bien del acervo

³ Folio 22.

probatorio del expediente, se tiene el interrogatorio de parte rendido por el joven Trespalacios Sánchez y del que se resalta.

PREGUNTADO.- Puede usted decirnos para el día veintiocho de junio de 2011 cuál era su condición personal.

CONTESTÓ.- Pues la verdad no recuerdo en este momento.

PREGUNTADO.- Usted se encontraba para la fecha prestando servicio militar, ¿estaba sometido a algún castigo en particular? ¿Había sido objeto de alguna llamada de atención por parte de sus superiores? ¿Estaba a la espera de algún traslado de manera específica o algo por el estilo?

CONTESTÓ.- Yo por esas fechas me resultó un problema de asma y yo vivía ahogado a toda hora, entonces los cabos se burlaban de mí, que “perroculo”, que “soldado tonto”, y mis compañeros también me agarraban de burla para esas fechas, y ninguno me creía que yo estaba enfermo y el mismo doctor de urgencias dijo “no, este muchacho está enfermo”, yo me estaba ahogando; un día casi me ahogo estando en formación.”⁴.

Así las cosas, para el Tribunal accionado resulta imposible imputarle el origen de la enfermedad a la prestación del servicio militar en sí mismo, *“pues por muy tedioso que pueda ser la estancia en él, debido a la naturaleza y causas de la enfermedad, no se puede catalogar como causa única para que dicho evento se haya causado en servicio, como tampoco que se haya advertido en la valoración inicial a la vinculación al servicio militar que el vinculado sufría de trastorno mental en mención, pues como se dijo entre líneas, el que padece la enfermedad está inmerso a síntomas progresivos difíciles de descifrar.”*⁵.

2. Fundamentos de la acción de tutela

Para el accionante, las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta y el Tribunal Administrativo de Norte De Santander, vulneraron su derecho fundamental al debido proceso porque desconocieron el precedente establecido por la Sección Tercera del Consejo de Estado para la resolución de casos con supuestos de hecho similares.

Para sustentar su argumento, señala que el 18 de diciembre de 2014 el Tribunal Administrativo de Norte de Santander (radicado 54-001-33-31-2011-00285-01; Actor: CLARA INES PEREZ ALFONSO Y OTROS;

⁴ Folio 38-39.

⁵ Folio 42.

Demandados: Nación - Mindefensa - Ejército Nacional), en un caso que, a su juicio es idéntico, accedió a las pretensiones acogiendo al precedente jurisprudencial.

A su vez, señaló que, como si fuera poco, la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, en sentencia del 13 de mayo de 2015 (Radicado Interno # 17037; Actor: Néstor Adriano Caro Silva; Demandada: Nación - Ministerio de Defensa Nacional; Acción Reparación Directa; Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón) también condenó a la Nación en un caso con supuestos de hecho idénticos a los suyos.

Sobre la base de lo expuesto, solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad, toda vez que ante supuestos de hecho similares debió adoptarse una decisión análoga.

3. Trámite de la acción de tutela

Admitida la demanda por auto del veintiuno (21) de agosto de dos mil quince, se corrió traslado de la misma a las entidades demandadas para que ejercieran su derecho a la defensa.

3.1 Tribunal Administrativo de Norte de Santander

Señaló que la acción de tutela se caracteriza por su subsidiariedad, ya que se accede a ella cuando no existe otro medio de defensa respecto de la vulneración de un derecho fundamental, por lo que no puede sustituir las acciones establecidas por el legislador para resolver las distintas controversias jurídicas.

Adujo que en el caso se evidencia que la demandante ejerció el mecanismo de defensa judicial que tenía a su alcance, frente a las decisiones emitidas por el despacho judicial de primera instancia y que la segunda instancia se falló con fundamento en las normas aplicables a la controversia y los hechos que resultaron demostrados.

3.2 Ministerio de Defensa

Para esa entidad en el caso no se demostró que los trastornos de ansiedad que desencadenaron esquizofrenia en el soldado David Argenis Trespacios Sánchez tuvieron origen en el servicio militar.

Afirmó que no existía certeza de la causa que produjo la esquizofrenia en el conscripto, ni se encontró establecida una causa extraña (fuerza mayor,

hecho de la víctima o hecho de un tercero) que permita imputar responsabilidad a la entidad demandada.

4. Decisiones objeto de revisión

4.1 El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 11 de noviembre de 2015, negó el amparo solicitado.

Para el efecto indicó que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que el régimen de responsabilidad aplicable a quienes prestan el servicio militar obligatorio debe ser objetivo, pero que, sin embargo, dicho régimen no implica que la parte demandante se exima de probar los elementos de responsabilidad, especialmente el daño antijurídico y el nexo causal.

Consideró que, a pesar de lo anterior, la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado, en sentencia de 14 de mayo de 2014, concluyó que, tratándose de enfermedades mentales que afectan a los conscriptos, el Estado debe responder cuando se presentan durante la prestación del servicio militar, incluso si no tiene origen en el servicio, motivo por el cual aún no existe un precedente judicial exigible al respecto.

Adujo que las autoridades demandadas negaron las pretensiones de la demanda de reparación directa, pues no se demostró que la enfermedad padecida por el joven David Argenis Trespalacios Sánchez se hubiera originado en el servicio. Así estimó que las decisiones proferidas en sede ordinaria se encuentran debidamente sustentadas con argumentos explicativos y justificativos coherentes con la parte resolutive de las mismas.

Concluyó que no se le puede exigir al juez que aplique una determinada posición o tesis interpretativa en el caso de las enfermedades mentales de los conscriptos, porque las sentencias dictadas en sede ordinaria que se mencionan en la solicitud de tutela no constatan un precedente judicial obligatorio en los términos de la Ley 1437 de 2011.

4.2 La parte actora impugnó la decisión de primera instancia y después de traer a colación diversos fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, manifiesta que allega al expediente la sentencia de 18 de diciembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Norte de Santander la cual, según su parecer se trata de un caso igual al suyo en el que sí se accedió a las pretensiones de la demanda lo que, en su concepto, contradice la decisión cuestionada, también adoptada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

4.3 En sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil dieciséis (2016), el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, confirmó la sentencia del 11 de noviembre de 2015, proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda, Sub Sección A, teniendo en cuenta que existen dos líneas jurisprudenciales sobre responsabilidad objetiva en asuntos como el caso objeto de revisión y en el presente asunto se optó por tener en cuenta aquella en la cual se debe probar los elementos de responsabilidad del Estado.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso

En el presente asunto, la ciudadana Mariela Sánchez González, quien fue reconocida como parte en el proceso de medio de control de Reparación Directa, en el cual se declaró no responsable a la Nación –Ministerio de Defensa– por el daño comprobado en la persona de David Argenis Trespalacios Sánchez, durante la prestación del servicio militar, interpuso acción de tutela contra las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, el veintiocho (28) de noviembre de dos mil catorce (2014), y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015), por la supuesta vulneración su derecho fundamental al debido proceso.

En la demanda de amparo, la accionante expone que en el proceso de reparación directa, objeto de la presente tutela, las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales respectivas, incurrieron en la causal de procedibilidad de acción de tutela contra providencias judiciales: desconocimiento del precedente, al no tener en cuenta la sentencia del Consejo de Estado del 13 de mayo de 2015, en la cual, en un caso con circunstancias similares al suyo, se decidió condenar a la Nación, bajo el título de imputación objetivo: daño especial.

En primera y segunda instancia en el proceso de acción de tutela, el Consejo de Estado determinó que la sentencias proferidas en la

jurisdicción contenciosa no incurrieron en desconocimiento del precedente, toda vez que “*en diferentes pronunciamientos el Consejo de Estado, a través de la Sección Tercera y en casos como el que nos ocupa, ha declarado la responsabilidad del Ejército Nacional y en otros lo ha exonerado.*”⁶.

La Corte Constitucional escogió para revisión la tutela del asunto de la referencia con el propósito de estudiar la presunta vulneración del derecho a la igualdad y al debido proceso por parte de las autoridades accionadas, toda vez que se apartaron de la jurisprudencia del Consejo de Estado, referenciada por la accionante y adoptaron otra proferida por ese mismo tribunal, pero que no era favorable a las pretensiones del ciudadano David Argenis Trespalacios Sánchez.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Octava de Revisión resolver los siguientes interrogantes: (i) ¿el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, vulneraron el derecho fundamental al debido proceso del ciudadano David Argenis Trespalacios Sánchez, al declarar no responsable a la Nación –Ministerio de Defensa–, por el daño probado en su persona, que se manifestó en pérdida de capacidad laboral del 100%, el cual tuvo lugar durante la prestación del servicio militar obligatorio?; (ii) ¿Cuál es el régimen de responsabilidad aplicable por los daños que puedan sufrir los soldados conscriptos?; (iii) ¿A quién corresponde la carga probatoria en los eventos en los que se acredite la existencia de un daño y se interponga el medio de control *acción de reparación directa* en contra de la Nación?, y (iv) ¿Cuál es el precedente a seguir en los casos en los cuales no existe unificación de jurisprudencia y puede evidenciarse dos formas de solucionar una controversia con resultados totalmente opuestos?

Sobre la base de lo expuesto, la Sala estudiará los siguientes temas: (i) La prestación del servicio militar genera obligaciones para el Estado; (ii) el régimen de imputación aplicable a los daños sufridos por los soldados conscriptos; (iii) la obligación del Estado en la protección de los soldados conscriptos es de resultado; Acción de tutela contra providencias judiciales; (iv) breve caracterización del defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial. Reiteración de jurisprudencia; y (v) análisis del caso en concreto.

⁶ Folio 161.

4. La prestación del servicio militar genera obligaciones para el Estado.

Con anterioridad a la Constitución de 1991, no es posible identificar una norma específica que consagre la responsabilidad patrimonial del Estado. Ésta tiene un proceso de creación jurisprudencial a partir de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, con fundamento en normas del Código Civil que reglaban la responsabilidad patrimonial en el derecho privado.

En sentencia del 22 de octubre de 1896 la Corte Suprema de Justicia, se pronunció en el sentido de precisar que si bien las personas jurídicas no pueden ser responsables penalmente por los daños que ocasionaren a los ciudadanos, hay una obligación objetiva de repararlos civilmente por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a personas en calidad de funcionarios públicos⁷.

Dicha providencia judicial es determinante para establecer las modalidades de responsabilidad, que con posterioridad serán reiteradas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a saber: la responsabilidad directa, la responsabilidad indirecta y la falla en el servicio.

A partir de la expedición de la Ley 167 de 1941, se reconoce al Consejo de Estado la competencia para conocer de las acciones reparatorias que se inicien contra las instituciones públicas. La jurisprudencia de ese Tribunal determinó que los requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado son: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal⁸.

Posteriormente, el artículo 90 de la Constitución de 1991 estableció la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas, responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual⁹.

Tal responsabilidad se extiende a todos los ámbitos en los cuales el Estado intervenga y la graduación de la misma dependerá de la relación que establezca con los sujetos. En algunos eventos la responsabilidad se

⁷ Cfr. Sentencia C-644 de 2011.

⁸ Ibíd.

⁹ Ibíd.

determinará con arreglo a lo pactado por la partes situación en la cual existe una igualdad relativa entre los sujetos de derecho, pero en otros casos la responsabilidad surge por el desequilibrio que se genera ante la imposición (y no negociación) de una función sobre una persona, con el propósito de contribuir al bienestar general.

Por ejemplo, una de las funciones con las cuales algunos sujetos tienen el deber de contribuir es la prestación del servicio militar.

El fundamento constitucional para ello es la finalidad esencial del Estado Social de Derecho de mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, para lo cual es necesario instituir la Fuerza Pública, institución estatuida con fundamento en los artículos 95 (obligaciones y responsabilidades) y 216 (tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan). *“La obligación de prestar servicio militar, se encuentra vinculada a la necesidad de que las personas cuyos derechos y libertades se hallan garantizados por el ordenamiento constitucional colombiano, participen en la defensa de la soberanía, en el mantenimiento de la integridad del territorio, la salvaguarda de la paz, y la vigencia de las instituciones. La prestación del servicio militar hace parte del catálogo de deberes de rango superior, por medio del cual se garantiza el apoyo a las autoridades democráticas legítimamente constituida para mantener la independencia e integridad del territorio nacional y la vida, honra, bienes de sus habitantes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”*¹⁰.

Así las cosas, si bien el servicio militar es una obligación constitucional, debe tenerse en cuenta que debido al desequilibrio de las cargas públicas que genera para quienes lo prestan, en procura del bienestar general, surge para el Estado la obligación de responder por los daños que se generen durante su ejercicio.

5. El régimen de responsabilidad aplicable por los daños sufridos por los soldados conscriptos.

5.1 La prestación del servicio militar genera un vínculo entre el Estado y el ciudadano. El fundamento para ello es el deber constitucional de defensa de la soberanía y la independencia de las instituciones públicas. Sin embargo tal relación surge por el cumplimiento de un mandato constitucional, en el cual, si bien hay subordinación del poder estatal sobre la persona, no puede asemejarse a una relación laboral.

¹⁰ Sentencia T-713 de 2013.

Situación diferente es la que surge con el soldado profesional quien al ingresar de manera voluntaria a las filas del Ejército, no cumple con una obligación sino con el propósito de recibir a cambio una contraprestación que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional¹¹.

5.2 En relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a soldados conscriptos, el Consejo de Estado ha determinado que pueden ser: (i) de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional–, y (ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma¹².

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido¹³:

“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas¹⁴; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por

¹¹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-08940-01(17839). Actor: Luis Efrén Carvajal y otros. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional. Referencia: Acción de Reparación Directa.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, D. C., trece (13) de junio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 52001-23-31-000-2007-00593-01(39309). Actor: Aníbal Saavedra Díaz y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

¹³ Al respecto, consultar por ejemplo, Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencias del 30 de julio de 2008, Expediente 18725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y del 15 de octubre de 2008. Expediente 18586 C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁴ En sentencia de 10 de agosto de 2005, Expediente 16205, la Sala al resolver la demanda instaurada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por las lesiones sufridas por un soldado, quien en cumplimiento de la orden proferida por su superior jerárquico, de realizar un registro de área en horas de la noche, al saltar un caño se cayó y golpeó contra una piedra, consideró: “...la causación de los daños material, moral y a la vida de relación tienen sustento, en este proceso, en el actuar de la Administración de sometimiento del soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar, cuando en el cumplimiento de la misión conferida a él por el Comandante del Escuadrón B de Contraaguerrillas de registro del área general del Municipio de Paz de Ariporo dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho”.

rompimiento del nexo causal. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala: (...) demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada ”¹⁵ (énfasis agregado).

De acuerdo con lo anterior, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares, en la medida en que su voluntad se ve doblegada por el *imperium* del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque frente a ellos el daño provenga de (i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado; (ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estaría sometido, y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o (iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.¹⁶

En los procesos en los cuales se pretende demostrar la responsabilidad del Estado una vez verificado un daño sufrido por un soldado conscripto, el juez debe determinar si el mismo resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en los títulos de imputación referidos, en virtud del principio *iura novit curia*.

5.3 Sea cual fuere el título de imputación que el juez decida aplicar, con base en los presupuestos fácticos en los cuales se configuró, debe tenerse en cuenta que “*en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones lo pone en una posición de riesgo, lo cual, en términos de*

¹⁵ Expediente 11401.

¹⁶ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008. Expediente No. 18586.

imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública.”¹⁷.

Así lo expuso el Consejo de Estado en un caso en el cual un soldado conscripto, encontrándose con el resto de sus compañeros dentro de la segunda fase de instrucción, se contagió de una epidemia que se propagó en la Compañía de Instrucción, razón por la cual presentó fiebre durante varios días, malestar general, tos con expectoración purulenta disnea progresiva y dolor marcado en hemotórax derecho, presentando dicho joven falla ventilatoria. *“El informativo administrativo por lesión No. 012 de fecha Puerto Asís - Putumayo, Mayo 15 de 2006, firmado por el Teniente Coronel VICTOR HUGO VIEDA QUINTERO, dice en este que la epidemia se propagó en el Comando de donde se deduce claramente que se trató de una enfermedad profesional que le causó al soldado SAAVEDRA DIAZ ANIBAL, lesiones de tal gravedad que lo tiene postrado.- Además, de que en el informe se deja constancia que fue una enfermedad causada por razón y causa del servicio, es claro que fue atendido en forma irregular en el dispensario del BATALLON DOMINGO RICO DIAZ, en donde recibían las prácticas de instrucción y que fue remitido tardíamente al HOSPITAL MILITAR CENTRAL de la ciudad de Bogotá, en donde podían haberle evitado la pérdida de su pulmón derecho, que hoy día la falta de éste le dificulta para respirar en forma normal y vive completamente agitado y ahogado...”¹⁸.*

Frente al particular, a pesar que la entidad demandada insistió en que no le asistía responsabilidad porque las lesiones sufridas por el soldado, fueron causadas en un hecho ajeno a su ámbito de responsabilidad y aunado a que el Ministerio Público solicitó se negaran las pretensiones de la demanda porque *“en el presente asunto se configuró una causal eximente de responsabilidad consistente en fuerza mayor, porque el señor Saavedra Díaz padeció una enfermedad de causa extraña que le produjo la lesión por la que ahora reclama”¹⁹*, el Consejo de Estado declaró responsable al Ejército de la República toda vez que encontró probado que el conscripto *“era una persona saludable al momento en que inició el servicio militar obligatorio, así lo reconocieron personas que lo conocían y compartían con él algunas actividades, que encontrándose en ejercicio de dicha obligación adquirió una molestia de salud la cual a la postre lo llevó a perder parte de su pulmón derecho, lo*

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, D. C., trece (13) de junio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 52001-23-31-000-2007-00593-01(39309). Actor: Aníbal Saavedra Díaz y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*

que le produjo una disminución de capacidad laboral del 20.79%, que le impide seguir desarrollando los trabajos que desempeñaba hasta antes de ser reclutado para el servicio militar obligatorio”²⁰.

5.4 Para el Consejo de Estado la prestación del servicio militar establece una relación de especial sujeción de los conscriptos frente al poder del Estado, la cual hace a éste último responsable de los posibles daños que puedan padecer los soldados durante su prestación²¹.

“Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos (...) adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que de igual manera, el Estado entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.

En conclusión, en cada caso concreto en los cuales se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio.

*No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la administración pública. **Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente.** Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede*

²⁰ Ibíd.

²¹ Ibídem.

desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño.”

5.5 En otra oportunidad el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, estudió el caso de un joven que, previo a su ingreso a las filas, fue examinado rigurosamente por la Unidad de Sanidad Mental del Ejército Nacional, y fue declarado apto para la vida militar, tanto física como psíquicamente, pero que luego recibió maltrato físico y psicológico por parte de sus compañeros y superiores, pues se le imponían castigos no autorizados por el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, así como turnos de vigilancia mayores a los permitidos, también lo ponían a entrenar durante jornadas excesivas y extenuantes; sus compañeros lo golpeaban con las tablas de los camarotes, además de agredirlo verbalmente.

Como consecuencia de los tratos antes mencionados, el entonces conscripto se enfermó en el mes de junio de 1992, por lo que fue atendido inicialmente en la enfermería del Batallón y, en el mismo mes, fue remitido a la Unidad de Psiquiatría del Hospital Militar Central, en donde le abrieron la historia clínica nro. 570835 y se le practicó una Junta Médico Laboral –nro. 010 de 20 de enero de 1993-, en la cual se diagnosticó que padecía de “manifestaciones de características psicóticas”, por lo que, en consecuencia fue declarado no apto para la vida militar tras ser calificado con una incapacidad relativa permanente y se le fijó una pérdida de la capacidad laboral del 31.5%. Debido a su invalidez fue retirado de la actividad militar mediante la Orden Administrativa de Personal nro. 1-012 del 1 de marzo de 1993.

Quienes constituyeron parte demandante en el proceso de acción de reparación directa agregaron que, pese a que fue retirado del Ejército, el soldado seguía padeciendo de afecciones psiquiátricas y comportamiento violento, convirtiéndose en una carga para su familia que no cuenta con recursos económicos suficientes para cuidarlo y para darle la atención necesaria.

Con fundamento en la situación descrita el Consejo de Estado encontró responsable al Estado teniendo en cuenta que: *“si un joven es declarado apto para la prestación del servicio militar, se infiere, que goza de un buen estado de salud, siendo entonces deber de la administración, hacer lo propio para mantener dicha situación, para así, poder entregar a la persona en las condiciones en que lo recibió. ||Por fuerza de todo lo anteriormente expuesto, se impone concluir que la aparición y/o complicación grave de la enfermedad mental del soldado conscripto Néstor Adriano Caro Silva mientras prestaba servicio militar*

*obligatorio, no puede considerarse jurídicamente ajena o exterior a la entidad demandada, la cual está llamada a responder en este caso bajo el título de imputación de daño especial, dado el fundamento constitucional y legal de la anteriormente explicada “relación de especial sujeción”*²².

Esto implica que la sola enunciación de una *causa extraña* no constituye razón suficiente para exonerar al Estado de responsabilidad por el daño comprobado en la persona de un soldado conscripto, toda vez que aunado a ello debe **demostrar** que operó fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero²³.

5.6 En síntesis, puede concluirse que la jurisprudencia de la máxima autoridad de lo contencioso administrativo, ha señalado que el régimen de responsabilidad aplicable a las personas que sufren un daño durante la prestación del servicio militar obligatorio es objetivo. Lo anterior, no obsta para que en algunos casos dependiendo de las circunstancias de modo tiempo y lugar, apliquen el título de imputación subjetivo *falla en el servicio* de llegarse a demostrar la culpa del Estado—²⁴. De otra parte, cuando se pretenda exonerar al Estado por la ocurrencia de una *causa extraña* corresponde a éste demostrar que operó fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero.

6. La obligación del Estado en la protección de los soldados conscriptos es de resultado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 del Decreto 2048 de 1993, el soldado conscripto es aquel que luego de inscribirse de conformidad con los términos y plazos establecidos en la Ley 48 de 1993, para definir su situación militar, es llamado a prestar servicio militar obligatorio.

El proceso para la incorporación del personal militar se encuentra establecido en los artículos 15 a 18 de la Ley 48 de 1993, en el que de manera expresa se establece que deben realizarse tres exámenes de aptitud psicofísica para determinar si la persona tiene *capacidad*²⁵ para el

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado Interno # 17037; Actor: Néstor Adriano Caro Silva; Demandada: Nación - Ministerio de Defensa Nacional; Acción Reparación Directa; Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

²³ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2008. Expediente 18586.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, D. C., trece (13) de junio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 52001-23-31-000-2007-00593-01(39309). Actor: Aníbal Saavedra Díaz y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

²⁵ La capacidad sicofísica según lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 1796 de 2000 es: “Es el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el

desarrollo de las actividades propias de la prestación del servicio.

“(i) El primer examen, practicado por oficiales de sanidad o profesionales especialistas al servicio de las fuerzas militares, busca determinar la aptitud para el servicio militar obligatorio. Después de este examen se adelanta el procedimiento de sorteo entre quienes resultaron aptos para la prestación del servicio militar. Estos sorteos se realizan de forma pública y por cada principal se sorteará un suplente y se da prelación a quienes de manera voluntaria quieran prestar el servicio militar.

(ii) El segundo examen es opcional, se practica por determinación de las autoridades de reclutamiento o a solicitud del inscrito.

(iii) El tercer examen se realiza entre los 45 y los 90 días posteriores a la incorporación de un contingente, para verificar que los soldados no presenten inhabilidades o incompatibilidades con la prestación del servicio militar.²⁶”

En desarrollo de lo anterior, el Decreto 2048 de 1993, reglamentario de la Ley 48 de 1993, establece en su capítulo IV, lo relativo al examen de aptitud psicofísica en los siguientes términos:

“**Artículo 15.** Todas las circunstancias sobre la capacidad psicofísica de los aspirantes a prestar el servicio militar, serán anotadas por el médico en la tarjeta de inscripción e incorporación del conscripto y refrendadas con su firma.

Artículo 16. Terminado el primer examen médico, se elaborará un acta con la relación de los conscriptos aptos, no aptos, aplazados y eximidos y la anotación de las causales de inhabilidad, aplazamiento o exención, la cual será suscrita por todos los funcionarios que en ella intervinieron.

Artículo 17. El conscripto declarado APTO para su incorporación, quedará bajo el control y vigilancia de las autoridades de reclutamiento, hasta su entrega a las diferentes Unidades Militares o de Policía.

servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones. La capacidad psicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá D. C., trece (13) de mayo dos mil quince (2015). Radicación número: 50001-23-31-000-1994-04485-01(17037). Actor: Néstor Adriano Caro Silva. Demandado: Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional (apelación sentencia).

Artículo 18. Por la importancia que reviste el primer examen médico, éste debe ser cuidadoso y detallado, con el fin de evitar pérdidas posteriores de efectivos en las Unidades.

Artículo 19. Previamente a la incorporación de los conscriptos, podrá practicarse un segundo examen médico opcional, por determinación de las autoridades de reclutamiento o a solicitud del inscrito, para determinar inhabilidades no detectadas en el primer examen de aptitud sicofísica que puedan incidir en la prestación del servicio militar. Para tales efectos, el criterio científico de los médicos oficiales, prima sobre el de los médicos particulares.

Parágrafo. Para demostrar la inhabilidad en el segundo examen, se aceptarán diagnósticos de médicos especialistas, respaldados en exámenes o resúmenes de las historias clínicas correspondientes.

Artículo 20. Los exámenes de aptitud sicofísica de los conscriptos y soldados, solamente podrán practicarse en los lugares y horas señalados por las respectivas autoridades de Reclutamiento”.

En lo que a la aptitud psicofísica se refiere, el artículo 3º del Decreto 1796 de 2000²⁷ establece lo siguiente:

“La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto. Es apto **quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.** Es aplazado quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad sicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones. Es no apto quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones”.

²⁷ Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Como lo ha expuesto el Consejo de Estado²⁸, si bien el examen sobre la capacidad no es exhaustivo²⁹ y, por ende es complicado detectar enfermedades mentales “es claro que frente a las personas que prestan su servicio militar obligatorio, surge para el Estado una obligación de resultado como es la de devolverlos a la vida civil en perfectas condiciones. Al respecto, se parte de la consideración según la cual si un joven es declarado apto para la prestación del servicio militar, se infiere, que goza de un buen estado de salud, siendo entonces deber de la administración, hacer lo propio para mantener dicha situación, para así, poder entregar a la persona en las condiciones en que lo recibió”³⁰.

En ese sentido, si los síntomas de la enfermedad se manifiestan o se agravan durante la prestación del servicio, el Estado se encuentra en la obligación de responder por tal situación pues “se somete a una persona no apta, desde un principio, a prestar el servicio militar obligatorio, todo lo cual desvirtúa el principio de igualdad de las personas ante las cargas públicas.”.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá D. C., trece (13) de mayo dos mil quince (2015). Radicación número: 50001-23-31-000-1994-04485-01(17037). Actor: Néstor Adriano Caro Silva. Demandado: Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional (apelación sentencia).

²⁹ El Reglamento para el servicio del Ejército, en su capítulo III, establecía cómo debía hacerse el primer examen sicofísico: “MANERA DE PRACTICAR LOS RECONOCIMIENTOS 12. Para disminuir en cuanto sea posible las dificultades inherentes al examen médico de conscriptos debe adoptarse el procedimiento que se considere más ordenado y metódico. 13. Desde que el conscripto se presenta (...) se somete a la medición de la talla, debe el médico aprovechar para la apreciación en conjunto de todo el individuo: lo verá andar, lo oír responder a las preguntas que se le dirijan para identificar su personalidad; en una palabra, tratará de formar un juicio antes de practicar el examen minucioso. 14. Cuando el conscripto se le aproxime, le hará colocar derecho, con los talones unidos, los brazos caídos naturalmente a los costados, las manos extendidas con los pulgares dirigidos hacia adelante; entonces le preguntará cuál es su profesión, hecho importante de conocer, e indagará si existe alguna enfermedad capaz de inutilizarlo para el servicio. Muchas veces este primer examen bastará para dar a conocer alguna causal de exención, evitando así pasar a un examen detallado. 15. Para el examen de detalle se principiará por el cráneo, apreciando la integridad del cabello y del cuero cabelludo; en seguida examinará los aparatos auditivo y visual; la boca y los dientes, y las fosas nasales. El médico hará que el individuo vuelva la cabeza en todo sentido; examinará después los hombros, los miembros superiores, el tronco; percutirá con rapidez y auscultará las regiones pulmonar y cardíaca, apreciará el volumen del abdomen, el desarrollo de las caderas y no dejará de comprobar el estado de los órganos genitales externos, la integridad del miembro viril, la presencia de los dos testículos, la ausencia de hernia o varicocele y el estado del canal inguinal. Descendiendo luego a los miembros inferiores, terminará su examen con el de la cara plantar de los pies, la disposición normal o anormal de los artejos y hará dar al conscripto media vuelta para conocerlo por detrás, como lo ha hecho por delante. 16 Durante ese tiempo el médico le dirigirá algunas preguntas acerca de su salud anterior y de las enfermedades que cree padecer, a fin de juzgar no sólo la integridad del oído o de la voz sino hasta cierto punto de la mentalidad del individuo. 17. En la mayoría de los casos este examen será suficiente si se ha hecho con previsión y método pero si el médico cree necesario llevarlo más lejos, dirigirá su atención al aparato u órgano que le parezca enfermo, procediendo a examinarlo detenidamente con los medios ordinarios de investigación o haciendo uso de los instrumentos que el caso requiera (...)”. Decreto 799 de 1917, <http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/88790/brblaa885501.pdf> , Recuperado el 16 de abril de 2015, a las 12:23 a.m.

³⁰ Ibíd.

7. Acción de tutela contra providencias judiciales. Breve caracterización del defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha sostenido que es posible interponer acción de tutela, contra decisiones judiciales que desconozcan el derecho fundamental al debido proceso. En la sentencia C-590 de 2005 la Corte abandonó el concepto de *vía de hecho* por los de causales específicas para la procedencia del amparo. Sin embargo, antes de examinar si se incurrió en un defecto específico debe cumplirse con la totalidad de los requisitos generales, cuyo contenido se enuncia en lo que sigue:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una

absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”³¹.

Una vez verificado el cumplimiento de cada uno de los requisitos generales, debe acreditarse por lo menos una de las causales específicas, a saber:

³¹ Sentencia C-590 de 2005.

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
- h. Violación directa de la Constitución.”³².

En relación con el defecto sustantivo, la Corte Constitucional ha establecido que se configura cuando la autoridad judicial desconoce las disposiciones de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado. Específicamente, de conformidad con la jurisprudencia

³² Ibídem.

constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional **(i)** aplica una disposición en el caso que perdió vigencia por cualquiera de la razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad; **(ii)** aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; **(iii)** a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación *contra legem*- o claramente irrazonable o desproporcionada; **(iv) se aparta del precedente judicial – horizontal o vertical- sin justificación suficiente;** o **(v)** se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso³³.

En relación con el defecto sustantivo por el desconocimiento del precedente judicial, es pertinente tener en cuenta la diferencia que se estableció en la sentencia T-102 de 2014 entre precedente y antecedente.

El **antecedente** se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad.

Tal concepto fue abordado en la sentencia T-292 de 2006, en la cual la Corte determinó si podía entenderse como precedente cualquier decisión previa que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio. En ese sentido indicó:

“La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha

³³ Ver Sentencia T-087 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también, sentencias T-193 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1625 de 2000 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-436 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio, y SU-448 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

visto (vgr. la ratio es diferente al obiter dicta). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cuál es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no”.

De otra parte, “**el precedente**, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.”³⁴.

Esta noción ha sido adoptada en la sentencias T-794 de 2011, en la que la Corte indicó cuando se está ante una decisión que constituye precedente:

“(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”.

Esta Corporación ha diferenciado entre dos clases de precedentes, **el horizontal y el vertical**, dependiendo de la autoridad judicial que profiera la providencia. **El primero** hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial, y **el segundo** se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción³⁵. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los

³⁴ Sentencia T-102 de 2014.

³⁵ Ver entre otras, T-123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-766 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio

encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores³⁶.

En este orden, debe resaltarse que el precedente no sólo es orientador sino obligatorio, como se explica a continuación:

La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 Superior: *“De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de “ley” ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción³⁷.”*

La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe: *“El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales. En palabras de la Corte Constitucional:*

“La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por

³⁶ Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2008 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁷ Sentencia T-102 de 2014.

razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico”³⁸.

La tercera razón es que el precedente es la solución más adecuada para garantizar la igualdad al resolver un problema jurídico, y en esa medida, si un juez decide apartarse del mismo, debe tener mejores razones que las empleadas para la resolución de controversias con presupuestos fácticos similares. En ese orden la doctrina ha establecido el deber de *“tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes”* y *“exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante”*³⁹.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el desconocimiento, sin debida justificación del precedente judicial configura un **defecto sustantivo**, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical-, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe.

Sin embargo, esta regla no es absoluta, pues no puede ignorarse que el derecho es dinámico y cada caso puede presentar elementos que no fueron concebidos con anterioridad en otros fallos judiciales; por ende, las autoridades judiciales pueden apartarse de los precedentes judiciales en atención a su autonomía y a su independencia, pero con una justificación razonable y proporcional. La Corte Constitucional ha establecido al respecto que:

“(…) vale aclarar que la regla de vinculación del precedente no puede ser adoptada de manera absoluta (…) Por ello, siempre que se sustenten de manera expresa, amplia y suficiente, las

³⁸ Cfr. Sentencia T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Entre otras, sentencias T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁹ Ver J. Bell. “Sources of Law”, en P. Birks (ed.) English Private Law, 1, Oxford University Press, pp. 1-29 (2000). Citado por Bernal Pulido, Carlos. “El precedente en Colombia”. Revista de derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, páginas 81-94 (2008). Ver en el mismo sentido, “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005) “Casos que establecen una regla en la interpretación de una norma o situación concreta. Esto se identifica con los hechos, el problema jurídico, las consideraciones que sustentan y son relevantes para la decisión, y la solución que se declara para el caso. Para identificar un caso como precedente: stare decisis (casos previos que vinculan como precedente), ratio decidendi (la razón de ser de la decisión), obiter dicta (argumentos por decir que no son la razón de ser de la decisión ni son vinculantes para decisiones posteriores)” (traducción libre). “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005).

razones por las cuales va a desconocer o cambiar una posición anterior, el operador judicial puede apartarse de ella.

(...) el juez (singular o colegiado) sólo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos:

(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia). (ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente) ”⁴⁰.

En ese sentido, este Tribunal ha reconocido que es preciso hacer efectivo el derecho a la igualdad, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho. En consecuencia, un juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical si: (i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues “sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia” (requisito de transparencia); y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta aplicable, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo (requisito de suficiencia).

Satisfechos estos requisitos por parte del juez, en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales⁴¹.

⁴⁰ Cfr. Sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴¹ Sentencia T-446 de 2013.

Sobre la base de lo anterior, la Corte Constitucional ha considerado que los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa han desconocido el precedente del Consejo de Estado, y en consecuencia, ha concedido la tutela contra las providencias atacadas por existencia de un defecto sustantivo en providencias como la T-934 de 2009, T-351 de 2011, T-464 de 2011 y T-212 de 2012. En estos casos, la Corporación determinó que existía un precedente consolidado sobre la tasación de las indemnizaciones por daño moral, que había sido desconocida sin justificación alguna por las autoridades demandadas. Estos ejemplos muestran que es más sencillo constatar la presencia de un defecto sustantivo cuando existe un precedente consolidado; sin embargo, esto no significa que la inobservancia de un precedente individual sin la debida justificación no dé lugar eventualmente a la procedencia de la acción de tutela.

En resumen, los jueces tienen un deber de obligatorio cumplimiento y es el de: **(i)** acoger las decisiones proferidas por los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa o constitucional) cuando éstas constituyen precedentes, y/o **(ii)** aplicar sus propias decisiones en casos idénticos, por el respeto del trato igual al acceder a la justicia. Sin embargo, esta regla no es absoluta, ya que los jueces pueden apartarse de dicho precedente, pero cumpliendo la carga argumentativa antes descrita y construyendo una mejor respuesta al problema jurídico. En este orden de ideas, cuando un juez de inferior jerarquía se aparta de un precedente establecido en su jurisdicción por el órgano de cierre o de su propio precedente, sin exponer un razonamiento proporcional y razonable para el efecto, incurre en la causal de procedibilidad de la tutela por defecto sustantivo o material, que tiene como consecuencia, una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas partícipes del proceso respectivo, entre otros.

8. Análisis del caso concreto

Como medida inicial, corresponde a la Sala de Revisión determinar si se reúnen en el caso bajo estudio los requisitos para la procedencia de la acción de tutela. Agotado el análisis en torno a este aspecto previo, podrá la Sala adentrarse en el escrutinio sobre el fondo de las controversias planteadas.

8.1 Examen sobre el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción

8.1.1 Legitimidad

Respecto a la ***legitimación en causa por activa***, la ciudadana Mariela Sánchez González, quien fue reconocida como parte en el proceso de medio de control de Reparación Directa, en el cual se declaró no responsable a la Nación –Ministerio de Defensa– por el daño comprobado en la persona de David Argenis Trespalacios Sánchez, durante la prestación del servicio militar, interpuso acción de tutela contra el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

En criterio de la Sala, la situación descrita habilita a la ciudadana Sánchez González para cuestionar las decisiones adoptadas en el proceso de medio de control Reparación Directa, toda vez que tal decisión la afecta por ser parte del proceso, máxime si en el mismo se negaron las pretensiones del extremo de la *litis* que integra.

En lo que concierne a la ***legitimación en causa por pasiva***, encuentra la Sala que: el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y el Ministerio de Defensa, son sujeto pasivo de la acción de tutela, pues, el accionante se ubica frente a estas en una situación de indefensión, originada en la posibilidad que tienen esas entidades de negar sus pretensiones.

Por otra parte, en cuanto a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial de los derechos invocados, se tiene que el promotor de la acción de tutela agotó los medios ordinarios de defensa al interponer acción de reparación directa, la cual fue decidida en dos instancia adversas.

A partir de las consideraciones expuestas, es plausible deducir que en el caso *sub examine* aparecen reunidos los presupuestos que respaldan la procedencia de la acción de tutela en los términos indicados *ut supra*, a saber: (i) las autoridades contra quienes se interpone la actuación son sujetos frente a los cuales los demandantes se ubican en una situación de subordinación e indefensión, y (ii) se agotaron los medios ordinarios de defensa.

Por lo tanto, se procederá a dilucidar el fondo de la materia, llevando a cabo un análisis singularizado de acuerdo con el esquema trazado al formular el problema jurídico.

8.1.2 Requisitos de procedibilidad formal de acciones de tutela contra providencias judiciales.

Para determinar si procede el amparo en el caso en concreto, debe tenerse en cuenta que al tratarse de una acción de tutela presentada contra una providencia judicial deben observarse los requisitos establecidos en la Sentencia C-590 de 2005.

a. En primer lugar, la Sala observa que el asunto propuesto es de evidente relevancia constitucional, toda vez que la decisión que se adopta tiene repercusiones sobre el derecho al debido proceso de la accionante y del ciudadano David Argenis Trespalcios Sánchez. En ese sentido, se trata de un auténtico debate sobre garantías ius fundamentales, cuya resolución es pertinente para la Corte Constitucional.

b. En relación con el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, se encuentra probado que la accionante agotó el procedimiento ordinario para la resolución de su controversia, el cual terminó con la expedición de la sentencia del 28 de mayo de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

c. La tutela se interpuso en término razonable, toda vez que la decisión que se cuestionada se produjo el 28 de mayo de 2015 y la acción de tutela se interpuso el 24 de septiembre de 2015, esto es tres (3) meses y veinte (20) días después del momento de la presunta vulneración.

d. La accionante expuso de manera expresa la causal específica de procedibilidad de acción de tutela contra providencias judiciales: defecto sustantivo por desconocimiento del precedente –en materia de daño a soldados conscriptos–.

e. Para la Sala es claro que la accionante identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos que en su concepto le fueron desconocidos, pues en el proceso relató que el soldado Trespalcios Sánchez sufrió pérdida de capacidad del 100% durante la prestación del servicio militar, razón por la cual ante un régimen de imputación objetivo, el Estado está obligado a responder por todos los daños que se generen durante el cumplimiento de tal deber ciudadano.

f. Por último, en el presente caso no se trata de una acción de tutela contra otra de su misma naturaleza.

A partir de lo anterior, la Sala encuentra cumplidos los requisitos generales para la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así las cosas, avanzará en el siguiente nivel de análisis.

8.2 Sobre la procedibilidad material del amparo

El Consejo de Estado, máxima autoridad en materia contenciosa administrativa, ha solucionado casos con supuestos de hechos similares al precisado en el asunto de la referencia, razón por la cual el accionante considera que las sentencias proferidas en la acción de reparación directa que presentó en contra de la Nación –Ejército Nacional–, desconocieron el precedente aplicable respecto a la responsabilidad del Estado por los daños causados a soldados conscriptos.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para determinar la configuración de un defecto sustantivo por inaplicación del precedente, en este caso del Consejo de Estado, deben concurrir las circunstancias señaladas por esta Corporación en la sentencia T-446 de 2013, a saber:

- a. Inobservancia del requisito de transparencia: cuando el juez se aleja del precedente judicial, sin hacer referencia expresa a las decisiones y reglas derivadas de ellas, mediante las cuales sus superiores funcionales, o su propio despacho, han resuelto casos análogos.
- b. Desconocimiento del requisito de suficiencia: cuando no se exponen razones suficientes válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que implica que no sólo se deben presentar argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el bajo estudio.

En criterio de la Corte Constitucional *“Satisfechos estos requisitos por parte del juez... se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales”*⁴².

8.2.1 Las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, inobservaron los requisitos de transparencia y suficiencia

De conformidad con el estudio realizado por la Sala, sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado para la adopción de decisiones relacionadas con la solución de casos en los cuales un soldado presenta un daño durante la prestación del servicio militar, se concluye lo siguiente:

⁴² Sentencia T-446 de 2013.

- (i) Los requisitos constitutivos de la responsabilidad del Estado son:
 - a. La existencia de un daño antijurídico.
 - b. La acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas.
 - c. La relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal⁴³.
- (ii) Tal responsabilidad se extiende a todos los ámbitos en los cuales el Estado intervenga y la graduación de la misma dependerá de la relación que establezca con los sujetos. En algunos eventos la responsabilidad se determinará con arreglo a lo pactado por la partes situación en la cual existe una igualdad relativa entre los sujetos de derecho, pero en otros casos la responsabilidad surge por el desequilibrio que se genera ante la imposición (y no negociación) de una función sobre una persona, con el propósito de contribuir al bienestar general.
- (iii) La prestación del servicio militar es una obligación ciudadana para los hombres, que genera “*obligaciones para el Estado toda vez que el vínculo que genera surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la soberanía y la independencia de las instituciones públicas.*”⁴⁴.
- (iv) En relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a soldados conscriptos, el Consejo de Estado ha determinado que puede ser: (i) de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional–, y (ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma⁴⁵.

⁴³ Sentencia C-644 de 2011.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-08940-01(17839). Actor: Luis Efrén Carvajal y otros. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional. Referencia: Acción de Reparación Directa.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, D. C., trece (13) de junio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 52001-23-31-000-2007-00593-01(39309). Actor: Aníbal Saavedra Díaz y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

- (v) Cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, el régimen de responsabilidad es: daño especial⁴⁶.

Cuando la irregularidad administrativa produjo el daño, el régimen de responsabilidad es: falla probada⁴⁷.

Cuando el daño proviene de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos, el régimen de responsabilidad es: riesgo excepcional⁴⁸.

- (vi) En todo caso, el daño no será imputable cuando se rompa el nexo causal entre este y la prestación del servicio militar, esto es cuando se haya producido por⁴⁹:

Culpa exclusiva de la víctima.

Por fuerza mayor.

Por el hecho exclusivo de un tercero.

- (vii) corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, **eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada**⁵⁰.

Subreglas aplicables por deducción:

A. Debido al carácter objetivo de la responsabilidad que se genera para el Estado por la prestación del servicio militar, hay una presunción sobre su obligación de responder por los daños que sufran los conscriptos. Tal responsabilidad **únicamente** puede ser desvirtuada cuando la Nación logra demostrar que se presentó: (a)

⁴⁶ Al respecto, consultar por ejemplo, Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencias del 30 de julio de 2008, Expediente 18725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y del 15 de octubre de 2008, Expediente 18586 C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁷ Ibíd.

⁴⁸ Ibíd.

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre dos mil trece (2013)

Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00031-01(29088). Actor: FELIX EDUARDO MONTOYA MOYANO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL Expediente 11401.

⁵⁰ Ibíd.

Culpa exclusiva de la víctima; (b) Fuerza mayor; o (c) El hecho exclusivo de un tercero.

B. El hecho que una persona se encuentre reclutada lleva a la conclusión que está realizando **una tarea directamente relacionada con la obligación de prestar servicio militar**: su presencia para las necesidades que surjan para el correcto funcionamiento de la institución (entre las cuales pueden encontrarse la vigilancia y los oficios varios, pues estas tareas no son realizadas por los conscriptos por vocación, sino por el cumplimiento de su deber constitucional de prestar servicio a la patria, toda vez que no hay otro fundamento para que se le obligue a ello, pues de lo contrario se estaría en presencia de una relación laboral o contractual).

(viii) Cuando se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien **por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas** o por una falla del servicio.

Esto implica que la sola enunciación de una causa extraña no constituye razón suficiente para exonerar al Estado de responsabilidad por el daño comprobado en la persona de un soldado conscripto, toda vez que aunado a ello debe **demostrar** que operó fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero⁵¹.

8.2.2 Daño

La enunciación de las reglas referidas con anterioridad es el producto de las decisiones que la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo ha adoptado sobre la determinación de la responsabilidad en los casos de daños que presenten los soldados durante la prestación del servicio

⁵¹ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2008. Expediente 18586. “No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño.”

militar. En ese sentido, desconocer las anteriores reglas dará lugar al desconocimiento del precedente del Consejo de Estado.

Así las cosas, la Sala encuentra que las sentencias proferidas en el proceso de medio de control: acción de reparación directa, identificaron de manera correcta que el daño sufrido por el entonces soldado David Argenis Trespalcios Sánchez tuvo lugar durante la prestación del servicio militar obligatorio, como pasa a exponerse:

“... se tiene demostrado **el daño** invocado por la parte actora más no las circunstancias en las cuales ocurrió el mismo, es decir, está debidamente probado que David Argenis Trespalcios Sánchez, durante la prestación del servicio militar en calidad de soldado regular, sufrió ciertos padecimientos con manifestaciones de trastorno y ansiedad que desencadenaron en psicosis esquizofrenia, que trasciende en pérdida de capacidad laboral en un 100% como lo determinó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander según dictamen N° 4720/2013”⁵².

“Considera la Sala, que dentro del proceso se encuentra debidamente acreditado el daño como primer elemento de responsabilidad, toda vez que el Joven David Argenis Trespalcios Sánchez sufre el trastorno mental denominado: “esquizofrenia”, y así se demuestra con las actas de calificación de invalidez, tanto de la Dirección de Sanidad del Ejército (folios 135 a 137), como de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander (folios 216 a 218). De igual forma se observa el perjuicio a la afectación material y primordialmente emocional que sufrió y sufrirá el núcleo familiar con ocasión de la enfermedad mental de su ser querido, pues conforme a las pruebas obrante (sic) en el expediente, los registros civiles y las reglas de la experiencia es evidente la afrenta a los intereses de los familiares en razón a la situación que afronta uno de sus integrantes.”⁵³.

Lo transcrito demuestra que David Argenis Trespalcios Sánchez sufrió un daño durante la prestación del servicio militar, el cual disminuyó su

⁵² Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta. Reparación Directa. Radicado 54001-33-33-002-2012-00065-00. Demandante: David Argenis Trespalcios Sánchez y otros. Demandado: Nación –Ministerio de Defensa– Ejército Nacional. Veintiocho (28) de noviembre de dos mil catorce (2014).

⁵³ Tribunal Administrativo de Norte de Santander. San José de Cúcuta, veintiocho de mayo de dos mil quince (2015). Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui.

capacidad laboral en un 100%.

8.2.3 Determinación del título de imputación

Como se expuso en las reglas aplicables al caso, el Consejo de Estado ha determinado que en algunos eventos la responsabilidad se determinará con arreglo a lo pactado por la partes, situación en la cual existe una igualdad relativa entre los sujetos de derecho, pero en otros casos la responsabilidad surge por el desequilibrio que se genera ante la imposición (y no negociación) de una función sobre una persona, con el propósito de contribuir al bienestar general.

Sobre la última hipótesis (imposición de una función sobre una persona), la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo ha señalado que el servicio militar genera “*obligaciones para el Estado toda vez que el vínculo que genera surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la soberanía y la independencia de las instituciones públicas.*”⁵⁴.

Ahora bien, para determinar el título de imputación aplicable hay que tener en cuenta las circunstancias en las cuales se configuró el daño. En el caso objeto de estudio, como el hecho incapacitante no surgió de una irregularidad administrativa o actividad peligrosa, no hay lugar a la imputación por *falla probada* así como tampoco por *riesgo excepcional*, respectivamente.

Debido a que el daño se atribuye al rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, por el deber de prestar servicio militar, el régimen de responsabilidad aplicable es *daño especial*.

8.2.4 Imputación del daño al Estado

Debido al carácter objetivo de la responsabilidad que se genera para el Estado por la prestación del servicio militar, hay una presunción sobre su obligación de responder por los daños que sufran los conscriptos [supra 8.2.1, núm. (vii)]. Tal responsabilidad **únicamente** puede ser desvirtuada cuando la Nación logra demostrar que se presentó: (a) Culpa exclusiva de la víctima; (b) Fuerza mayor; o (c) El hecho exclusivo de un tercero.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-08940-01(17839). Actor: Luis Efrén Carvajal y otros. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional. Referencia: Acción de Reparación Directa.

En el proceso se encuentra acreditado **un daño** durante la prestación del servicio militar. También se explicó que el hecho de estar reclutado, con el propósito de apoyar las labores necesarias para la defensa de la soberanía y el orden público, es una tarea directamente relacionada con la prestación del servicio militar, toda vez que las mismas no pueden concretarse exclusivamente a la realización de operaciones de campo, sino a todos los servicios que se requieren para el funcionamiento de la institución a la cual ha sido asignado el conscripto, entre los cuales se encuentra la vigilancia, los oficios varios o el simple hecho de estar acuartelado presto para las necesidades del servicio.

En ese orden de ideas, el **daño** se produjo durante la prestación del servicio militar, mientras se realizaban actividades propias del mismo. Debido al régimen de imputación objetivo en el caso de conscriptos corresponde al Estado la protección de estos, así como la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que se les asignen.

Así las cosas, se presume la responsabilidad del Estado por el daño sufrido por los soldados conscriptos el cual es susceptible de ser desvirtuado por la entidad demandada si llegare a demostrar que la causa generadora tuvo lugar por un evento de fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

En este punto, es evidente que las sentencias proferidas por las autoridades judiciales accionadas incurrieron en desconocimiento del precedente del Consejo de Estado, toda vez que exigieron al ciudadano David Argenis Trespalcios Sánchez que probara el nexo causal entre el daño y la prestación del servicio, sin tener en cuenta que debido al régimen de responsabilidad objetiva derivado del deber de prestar servicio militar, existe una presunción a favor del demandante que debe ser desvirtuada por el Ejército Nacional y únicamente probando fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

De esta manera, no hay fundamento constitucional alguno para exigir a quien sufre un daño durante la prestación del servicio militar y en ejercicio de las funciones propias del mismo, que pruebe la relación entre el daño y el cumplimiento de ese deber ciudadano, pues se estaría mutando de un régimen de responsabilidad objetivo a uno subjetivo.

Debido a tal desconocimiento de la *ratio decidendi* de las sentencias del Consejo de Estado que establecen que el régimen aplicable es el objetivo y que los eximentes de responsabilidad deben ser probados por la entidad demandada, la Corte encuentra probado que las autoridades judiciales

demandadas en la acción de tutela objeto de estudio inobservaron el requisito de transparencia, al poner de presente una línea jurisprudencial y omitir otra que favorecía al accionante.

Puede observarse en las providencias que resolvieron la acción de reparación directa, que todo el argumento tiene fundamento en que el soldado Trespalacios Sánchez no logró probar que la esquizofrenia que padece se produjo por una actividad militar, hipótesis que no sólo desconoce el concepto y desarrollo del régimen de responsabilidad objetivo, sino que vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

Como se ha expuesto, es al Estado a quien le corresponde demostrar que el daño no le es imputable por cualquiera de los eximentes de responsabilidad –fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima–, toda vez que tiene una responsabilidad objetiva de devolver a quienes prestan el servicio militar en las mismas condiciones de salud física y mental que presentaban al momento de su incorporación, las cuales se presumen son idóneas, debido a los exámenes de aptitud que deben superar las personas que deben cumplir con tal deber ciudadano.

En sentido similar, las decisiones objeto de la presente tutela desconocieron el requisito de transparencia porque no explicaron siquiera sumariamente –aunque el análisis debe ser detallado– el precedente sobre la materia, sino que señalaron algunas decisiones en las cuales se precisó que el régimen de imputación era objetivo, pero no presentaron sustento alguno para concluir que en tal régimen se hubiere exigido que el demandante probara que el daño se presentó durante la prestación del servicio.

8.2.5 De otra parte las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, también inobservaron el requisito de suficiencia, pues como se expuso las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales accionadas no tuvieron en cuenta el precedente sobre la carga de la prueba en el régimen de responsabilidad objetivo, por el daño sufrido por soldados conscriptos.

Las sentencias objeto de revisión se limitaron a exponer su tesis, sin explicar razones suficientes y válidas para justificar su separación del precedente del Consejo de Estado sobre el particular. Sencillamente se limitaron a afirmar *sin ningún tipo de fundamento*, sino como si tratara de un juicio categórico, que es deber del demandante probar el nexo causal entre el daño y la actuación de la administración.

Actuación diferente fue la del Consejo de Estado en la resolución de la tutela en la cual señala que las autoridades judiciales accionadas escogieron entre dos precedentes sobre la materia: el que no exige que el sujeto del daño pruebe el nexo causal y el que sí lo exige, argumento ante el cual debe señalarse lo siguiente:

a. El ejercicio argumentativo sobre el requisito de transparencia no fue llevado a cabo en las sentencias del proceso de medio de control acción de reparación directa, sino en la resolución de los casos de tutela, hecho que no subsana el deber que tenían las demandadas, de señalar con claridad cuáles son los precedentes aplicables.

b. Si en gracia de discusión se hubieren expuesto diferentes precedentes sobre la carga probatoria en los casos de soldados conscriptos, existía el deber de señalar las razones por las cuales se adoptará uno de ellos, así como las razones que le llevan a apartarse de otros., toda vez que “*resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el bajo estudio.*”⁵⁵.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que en virtud del requisito de suficiencia deben demostrarse razones válidas para la adopción de un determinado precedente. En ese sentido, no puede concluirse que como no hay sentencia de unificación sobre la materia el juez puede escoger el precedente que a su entera discreción, toda vez que en aplicación del principio *pro homine* y debido a la relación de subordinación e indefensión en la cual se encuentra un soldado conscripto ante el poder exorbitante del Estado, debe escogerse un precedente que favorezca la protección de los derechos humanos y ayude a materializar, la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad en el Estado Social de Derecho.

En el caso objeto de estudio, no sólo se adoptó un precedente sin el cumplimiento del requisito de transparencia, esto es indicar cuáles eran los precedentes aplicables al caso objeto de estudio. Por el contrario, se adoptó una decisión que sometió a una persona que sufrió un daño durante el cumplimiento del deber ciudadano de prestar servicio militar, a la desprotección por parte del Estado, aplicando una interpretación normativa desfavorable y exigiendo una carga probatoria que no le corresponde al demandante sino a la demandada.

Estas razones llevan a la Sala a concluir que las decisiones adoptadas por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cúcuta –del 28 de mayo de

⁵⁵ Sentencia T-446 de 2013.

2014– y Tribunal Administrativo de Norte de Santander –del 28 de mayo de 2015– desconocieron el derecho fundamental al debido proceso del ciudadano David Argenis Trespalcios Sánchez y, por ende, de quienes se constituyeron como parte demandante en el proceso de medio de control acción de reparación directa, que el referido soldado conscripto interpuso en contra del Ejército Nacional y el Ministerio de Defensa.

De manera concreta las autoridades judiciales accionadas incurrieron en la causal de procedibilidad de acción de tutela contra providencias judiciales: defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, debido a la inobservancia de los requisitos de transparencia y suficiencia en la adopción de la decisión que fue sometida a su conocimiento.

Sobre la base de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional revocará las sentencias de tutela proferidas en primera instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, el 11 de noviembre de 2015; y en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 28 de junio de 2016, dentro del proceso de la acción de tutela formulada por Mariela Sánchez González, contra el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Así las cosas, la Corte ordenará al juez de segunda instancia del proceso de medio de control acción de reparación directa que profiera nuevo fallo, con base en las consideraciones expuestas en esta sentencia relativas al cumplimiento de los requisitos de transparencia y suficiencia en la adopción del precedente aplicable a los daños sufridos por los soldados durante la prestación del servicio militar, de conformidad con las reglas establecidas en este proveído (numeral 8.2.1 y ss.), teniendo en cuenta la aplicación del principio *pro homine*, así como la inversión de la carga probatoria a favor del demandante.

9. Síntesis de la decisión

9.1 La Sala Octava de Revisión examina una tutela formulada contra las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cúcuta, el 28 de mayo de 2014; y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el 28 de mayo de 2015, que negaron la pretensión de declarar la responsabilidad del Estado, en el proceso de acción de reparación directa interpuesto por David Argenis Trespalcios Sánchez, contra la Nación –Ministerio de Defensa– Ejército Nacional.

La parte demandante expuso que el Estado debe responder por la pérdida de capacidad del 100% que David Argenis Trespalcios Sánchez sufrió durante la prestación del servicio militar obligatorio. En concepto de las autoridades judiciales accionadas el régimen de responsabilidad para los casos de soldados conscriptos es objetivo, pero ello no implica que deje de probarse las circunstancias en las que ocurrió el daño.

Para la parte demandante las decisiones adoptadas en el proceso de medio de control acción de reparación directa desconocieron el precedente judicial en materia de responsabilidad del Estado en soldados conscriptos, toda vez que en casos similares el Consejo de Estado ha determinado que la responsabilidad se configura por el deber objetivo de protección a quien es obligado a prestar servicio.

9.2 De conformidad con los presupuestos del caso la Sala Octava ha debido resolver los siguientes problemas jurídicos: ¿el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, vulneraron el derecho fundamental al debido proceso del ciudadano David Argenis Trespalcios Sánchez, al declarar no responsable a la Nación –Ministerio de Defensa–, por el daño probado en su persona, que se manifestó en pérdida de capacidad laboral del 100%, el cual tuvo lugar durante la prestación del servicio militar obligatorio? ¿Cuál es el régimen de responsabilidad aplicable por los daños que puedan sufrir los soldados conscriptos? ¿A quién corresponde la carga probatoria en los eventos en los que se acredite la existencia de un daño y se interponga el medio de control *acción de reparación directa* en contra de la Nación? ¿Cuál es el precedente a seguir en los casos en los cuales no existe unificación de jurisprudencia y puede evidenciarse dos formas de solucionar una controversia con resultados totalmente opuestos?

Para resolver el asunto sometido a estudio, la Sala ha abordado los siguientes temas: (i) La prestación del servicio militar genera obligaciones para el Estado; (ii) el régimen de imputación aplicable a los daños sufridos por los soldados conscriptos; (iii) la obligación del Estado en la protección de los soldados conscriptos es de resultado; Acción de tutela contra providencias judiciales; (iv) breve caracterización del defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial. Reiteración de jurisprudencia; y (v) análisis del caso en concreto.

A partir del estudio de los temas propuestos, la Sala llega a la conclusión que la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre la responsabilidad por el daño sufrido por soldados conscriptos, ha generado las siguientes reglas de derecho, para la resolución de tales controversias:

- (i) Los requisitos constitutivos de la responsabilidad del Estado son:
 - a. La existencia de un daño antijurídico.
 - b. La acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas.
 - c. La relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal⁵⁶.
- (ii) Tal responsabilidad se extiende a todos los ámbitos en los cuales el Estado intervenga y la graduación de la misma dependerá de la relación que establezca con los sujetos. En algunos eventos la responsabilidad se determinará con arreglo a lo pactado por la partes situación en la cual existe una igualdad relativa entre los sujetos de derecho, pero en otros casos la responsabilidad surge por el desequilibrio que se genera ante la imposición (y no negociación) de una función sobre una persona, con el propósito de contribuir al bienestar general.
- (iii) La prestación del servicio militar es una obligación ciudadana para los hombres, que genera *“obligaciones para el Estado toda vez que el vínculo que genera surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la soberanía y la independencia de las instituciones públicas.”*⁵⁷.
- (iv) En relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a soldados conscriptos, el Consejo de Estado ha determinado que puede ser: (i) de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional–, y (ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma⁵⁸.

⁵⁶ Sentencia C-644 de 2011.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-08940-01(17839). Actor: Luis Efrén Carvajal y otros. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional. Referencia: Acción de Reparación Directa.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, D. C., trece (13) de junio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 52001-23-31-000-2007-00593-01(39309). Actor: Aníbal Saavedra Díaz y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

- (v) Cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, el régimen de responsabilidad es: daño especial⁵⁹.

Cuando la irregularidad administrativa produjo el daño, el régimen de responsabilidad es: falla probada⁶⁰.

Cuando el daño proviene de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos, el régimen de responsabilidad es: riesgo excepcional⁶¹.

- (vi) En todo caso, el daño no será imputable cuando se rompa el nexo causal entre este y la prestación del servicio militar, esto es cuando se haya producido por⁶²:

Culpa exclusiva de la víctima.

Por fuerza mayor.

Por el hecho exclusivo de un tercero.

- (vii) corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, **eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada**⁶³.

Subreglas aplicables por deducción:

A. Debido al carácter objetivo de la responsabilidad que se genera para el Estado por la prestación del servicio militar, hay una presunción sobre su obligación de responder por los daños que sufran los conscriptos. Tal responsabilidad **únicamente** puede ser desvirtuada cuando la Nación logra demostrar que se presentó: (a)

⁵⁹ Al respecto, consultar por ejemplo, Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencias del 30 de julio de 2008, Expediente 18725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y del 15 de octubre de 2008, Expediente 18586 C.P. Enrique Gil Botero.

⁶⁰ Ibíd.

⁶¹ Ibíd.

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre dos mil trece (2013)

Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00031-01(29088). Actor: FELIX EDUARDO MONTOYA MOYANO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL Expediente 11401.

⁶³ Ibíd.

Culpa exclusiva de la víctima; (b) Fuerza mayor; o (c) El hecho exclusivo de un tercero.

B. El hecho que una persona se encuentre reclutada lleva a la conclusión que está realizando **una tarea directamente relacionada con la obligación de prestar servicio militar**: su presencia para las necesidades que surjan para el correcto funcionamiento de la institución (entre las cuales pueden encontrarse la vigilancia y los oficios varios, pues estas tareas no son realizadas por los conscriptos por vocación, sino por el cumplimiento de su deber constitucional de prestar servicio a la patria, toda vez que no hay otro fundamento para que se le obligue a ello, pues de lo contrario se estaría en presencia de una relación laboral o contractual).

(viii) Cuando se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien **por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas** o por una falla del servicio.

9.3 Esto implica que la sola enunciación de una causa extraña no constituye razón suficiente para exonerar al Estado de responsabilidad por el daño comprobado en la persona de un soldado conscripto, toda vez que aunado a ello debe **demostrar** que operó fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero⁶⁴.

A partir de las anteriores reglas, la Sala determina que el incumplimiento de las mismas genera el desconocimiento del precedente del Consejo de Estado relativo a la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a los soldados conscriptos durante la prestación del servicio militar. Sin embargo, el juez puede apartarse válidamente del precedente establecido,

⁶⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2008. Expediente 18586. “No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño.”

cuando acredita el cumplimiento de los requisitos de transparencia y suficiente establecidos en la sentencia T-446 de 2013.

El incumplimiento de tales requisitos se puede presentar cuando se dan las siguientes situaciones:

- a. Inobservancia del requisito de transparencia: cuando el juez se aleja del precedente judicial, sin hacer referencia expresa a las decisiones y reglas derivadas de ellas, mediante las cuales sus superiores funcionales, o su propio despacho, han resuelto casos análogos.
- b. Desconocimiento del requisito de suficiencia: cuando no se exponen razones suficientes válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que implica que no sólo se deben presentar argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el bajo estudio.

Sobre la base de lo expuesto, en criterio de la Sala, las autoridades judiciales accionadas incurrieron en la causal de procedibilidad de acción de tutelas contra providencias judiciales: defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, toda vez que las sentencias objeto de estudio se limitaron a exponer su tesis, sin exponer razones suficientes y válidas para justificar su separación del precedente del Consejo de Estado sobre el particular, sencillamente se limitaron a exponer sin ningún tipo de fundamento sino como si tratara de un juicio categórico, que es deber del demandante probar el nexo causal entre el daño y la actuación de la administración. En ese sentido, las sentencias impugnadas no cumplieron con el requisito de transparencia.

A su vez, no observaron el requisito de suficiencia porque no se expusieron razones válidas para la adopción de un determinado precedente, sino que dieron por único aquel que exigía que el demandante probara que el daño se produjo por una operación militar.

Al respecto, la Sala expone que ante la existencia de varios precedentes y ante la ausencia de una sentencia de unificación sobre la materia el juez no puede escoger el precedente a discreción toda vez que en aplicación del principio *pro homine* y debido a la relación de subordinación e indefensión en la cual se encuentra un soldado conscripto ante el poder del Estado, debe escogerse un precedente que favorezca la protección de los derechos humanos y ayude a materializar, la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad en el Estado Social de Derecho.

Como en el caso objeto de estudio, se desconocieron los requisitos de transparencia y suficiencia, la Sala concluye que las decisiones adoptadas por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cúcuta –del 28 de mayo de 2014– y Tribunal Administrativo de Norte de Santander –del 28 de mayo de 2015– incurrieron en la causal de procedibilidad de acción de tutela contra providencias judiciales: defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, debido a la inobservancia de los requisitos de transparencia y suficiencia en la adopción de la decisión que fue sometida a su conocimiento.

En consecuencia la Sala ordenará al juez de segunda instancia del proceso de medio de control acción de reparación directa que profiera nuevo fallo, con base en las consideraciones expuestas en esta sentencia relativas al cumplimiento de los requisitos de transparencia y suficiencia en la adopción del precedente aplicable a los daños sufridos por los soldados durante la prestación del servicio militar, de conformidad con las reglas establecidas en este proveído (numeral 8.2.1 y ss.), teniendo en cuenta, en general, la aplicación del principio *pro homine*, así como la inversión de la carga probatoria a favor del demandante.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas en primera instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, el 11 de noviembre de 2015, y en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 28 de junio de 2016, mediante las cuales se negó el amparo de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y al debido proceso, invocados por la ciudadana Mariela Sánchez González, dentro del proceso de acción de tutela que formuló contra el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

En su lugar **CONCEDER** el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la ciudadana Mariela Sánchez González y de quienes se constituyeron como parte demandante en el proceso de reparación directa, en contra del Ejército Nacional y el Ministerio de Defensa, que motivó la interposición de la acción de tutela de la referencia, es decir,

los ciudadanos David Argenis Trespalcios Sánchez, María González Barbaran y Jesús Alberto Trespalcios Sánchez.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida el 28 de mayo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en el proceso de reparación directa, interpuesto por los ciudadanos Mariela Sánchez González, David Argenis Trespalcios Sánchez, María González Barbaran y Jesús Alberto Trespalcios Sánchez, contra la Nación – Ministerio de Defensa– Ejército Nacional. Radicado 54001-33-33-002-2012-00064-00.

Tercero.- ORDENAR al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que en un término no superior a treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta providencia, emita una nueva sentencia dentro del proceso de acción de reparación directa, interpuesto por los ciudadanos Mariela Sánchez González, David Argenis Trespalcios Sánchez, María González Barbaran y Jesús Alberto Trespalcios Sánchez, contra la Nación –Ministerio de Defensa– Ejército Nacional, radicado 54001-33-33-002-2012-00064-00, teniendo en cuenta las consideraciones y la resolución del caso concreto, expuestas en esta providencia judicial, en general y, en especial, aquellas relativas al cumplimiento de los requisitos de transparencia, suficiencia, interpretación favorable, deber objetivo de devolver a los soldados conscriptos sanos salvos a sus hogares, inversión de la carga probatoria y las reglas establecidas en el numeral 8.2.1 de esta providencia.

Cuarto.- Por la Secretaría de la Corporación, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General