

Respetados Consejeros

HONORABLE CONSEJO DE ESTADO (Reparto)

E. S. D.

ASUNTO: ACCION DE TUTELA

HECTOR EDUARDO BARRIOS HERNANDEZ, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C., abogado titulado e inscrito, con Tarjeta Profesional No. 35.669 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, identificado con la C.C. No. 19.365.895 de Bogotá, en mi condición de apoderado de **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ (lesionado)**, **CICER ANTONIO ARIZA ARIZA (padre del lesionado)**, **GRISELDA ISABEL ARIZA SANCHEZ**, **EUDELIS MARIA ARIZA SANCHEZ**, **SILVIA PATRICIA ARIZA SANCHEZ**, **NUNELIS TATIANA ARIZA SANCHEZ**, y **EMERSON DAVID ARIZA SANCHEZ (hermanos del lesionado)** en ejercicio del derecho que otorga el Art. 86 de la Constitución Nacional, por medio del presente libelo instauo la presente ACCION DE TUTELA contra el honorable **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUB SECCIÓN "A"-.**, por habersele vulnerado a mi mandante los derechos fundamentales a la Igualdad, Debido Proceso, el Acceso a la Administración de la Justicia.

PRETENSIONES

Sírvanse señores Consejeros, amparar los siguientes aspectos y disponer:

PRIMERO: Sean Tutelados a favor de **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ, CICER ANTONIO ARIZA ARIZA, GRISELDA ISABEL ARIZA SANCHEZ, EUDELIS MARIA ARIZA SANCHEZ, SILVIA PATRICIA ARIZA SANCHEZ, NUNELIS TATIANA ARIZA SANCHEZ, y EMERSON DAVID ARIZA SANCHEZ** los derechos fundamentales de la Igualdad, Debido Proceso y acceso a la administración de justicia.

SEGUNDO: Dejar sin efecto la Decisión proferida el 11 de noviembre de 2021 y notificada el 17 de noviembre de 2021, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A, Magistrado Ponente JAVIER TOBO RODRIGUEZ, dentro del proceso 11001333603820180020501, promovido por **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ**, la cual **REVOCÓ** la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 38 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el día 31 de julio de 2020, y que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

1. El señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** para la época de los hechos prestaba su servicio militar obligatorio en condición de soldado regular, adscrito al Batallón Especial Energético y Vial No. 18 ubicado en Samore – Norte de Santander.
2. El día 14 de agosto de 2016, el señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** se encontraba patrullando en el sector de Santa Inés, Norte de Santander, cuando sufre un resbalón, el cual hace que ruede por las rocas, ocasionándole una herida abierta en el pie izquierdo, razón por lo cual es evacuado a Saravena, Arauca al hospital de Sarare, en donde deciden remitirlo al Hospital Militar en la ciudad de Bogotá, en el cual realizan amputación de los 4 y 5 dedo de pie izquierdo.
3. Las graves lesiones y afecciones causadas al señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ**, le producen una disminución de la Capacidad Laboral del **32.57%**, de acuerdo con lo señalado en el Acta de Junta Medica Laboral **No. 107071** del 23 de abril de 2019, realizada por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.
4. Según Acta de Junta Medica Laboral **107071** del 23 de abril de 2019, **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** quedo con AMPUTACION PARCIAL PIE IZQUIERDO ASOCIADO CON COJERA Y DEPRESION REACTIVA.
5. Las lesiones sufridas por el señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ**, se encuentran calificadas en **LITERAL B – EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZON DEL MISMO**, tal y como consta en el Acta de Junta Medico Laboral **107071** del 23 de abril de 2019, y en el Informativo Administrativo por Lesiones 041 del 14 de agosto de 2016.
6. Es importante destacar, que antes de ser enrolado a las filas del Ejército Nacional el señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** (lesionado), era una persona que tenía el 100% de su capacidad laboral, por lo que al momento de salir de prestar el servicio militar obligatorio hubiera podido dedicarse cualquier actividad lucrativa para su manutención y la de su familia, sin embargo con la lesión que este sufrió en cumplimiento del deber constitucional y legal de prestar el servicio militar obligatorio, quedo de manera irreversible incapacitado y por obvias razones frustrado física, psicológica y fisiológicamente para llevar una vida normal y obviamente desde luego desempeñarse en cualquier actividad laboral.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado que, cuando un miembro de una institución armada no haya ingresado a ella por su voluntad, sino que haya sido legalmente reclutado para prestar el servicio militar obligatorio -conscripto-, no se puede predicar que él libremente haya decidido asumir el riesgo inherente a esa actividad estatal; en estos eventos, la Sala ha sido constante en considerar que, dado que el ingreso a la institución se produce en forma obligatoria para el soldado y, además, en virtud de la naturaleza misma de las

funciones que desarrolla la institución a la que ingresa, es sometido a riesgos que sobrepasan a los que normalmente se imponen a las personas en general, se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas y el Estado asume el deber de devolverlo al seno de la sociedad en las mismas condiciones físicas en las que ingresó a prestar dicho servicio. Ha dicho la Sala, además, que no puede ser igual el tratamiento que se dispense a quienes ejercen sus funciones profesionalmente, con alto grado de entrenamiento y compromiso, a aquel respecto de quienes, simplemente, por estar obligados legalmente a ello, ingresan a las filas de las instituciones armadas; en consecuencia, las labores y misiones que a estos últimos se les encomienden deben ser proporcionales a ese grado básico de instrucción.

TRÁMITE PROCESAL MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA

Por los hechos en que resultó lesionado el **IMAR OMAR YESID ARIZA SANCHEZ**, se dio inicio a las siguientes actuaciones extra procesales y procesales, estando dentro del término contemplado en el literal i, numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que a la letra dice:

"Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia". (subrayado fuera de texto)

1. Se presentó Solicitud de Conciliación Extrajudicial, como requisito de procedibilidad, correspondiéndole su conocimiento a la Procuraduría 04 Judicial II para Asuntos Administrativos, bajo el radicado N° 2017-329 dándose la constancia de fallida el 08 de febrero de 2018.
2. Se instauró Acción de Reparación Directa, contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por parte del soldado **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ**, correspondiéndole al Juzgado Treinta y Ocho (38) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, bajo el radicado 11001333603820180020500, quien después de surtirse en debida forma el proceso, mediante sentencia proferida el 31 de julio de 2020, accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que el "*se evidencia que el daño alegado por la parte actora está acreditado, toda vez que el soldado regular OMAR YESID ARIZA SANCHEZ, el 14 de agosto de 2016 sufrió un accidente consistente en aplastamiento de su pie izquierdo, lo que implicó la amputación de algunos dedos, daño que tiene la connotación de antijurídico*",

razón por la cual la parte demandada interpuso el recurso de apelación.

3. Dentro del trámite del recurso de apelación, el día 11 de noviembre 2021, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A, Magistrado Ponente JAVIER TOBO RODRIGUEZ, dentro del proceso 11001333603820180020501, REVOCÓ la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 38 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el día 31 de julio de 2020, y que accedió a las pretensiones de la demanda., bajo la siguiente consideración:

...(…) el demandante no aportó elementos de juicio que llevaran al juzgador a la convicción de que la lesión padecida fue por causa, razón y ocasión del servicio militar obligatorio. En esta medida, lo que se presenta en el caso estudio por esta Sala es una omisión probatoria traducida en una carga procesal incumplida por el extremo demandante que obstruye la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Concluye la Sala, que en el caso concreto no se demostró que el daño alegado por el demandante estuvo directamente relacionado con la actividad castrense , requisito forzoso para establecer la responsabilidad administrativa de la entidad demandada.

DERECHOS VULNERADOS

DERECHO A LA IGUALDAD

La honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 354 del 25 de mayo de 2017, con ponencia del señor Magistrado Dr. Iván Humberto Escrucería Mayolo, definió que:

*"Esta Corporación ha sostenido que el principio de igualdad es uno de los elementos más relevantes del Estado constitucional de derecho y lo ha entendido como aquel que ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho. Lo anterior, encuentra sustento en el artículo 13 de la Constitución Política, del cual se desprenden las diversas dimensiones de esta garantía constitucional, a saber: **(i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas;** (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del*

*principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.
(NEGRILLAS FUERA DE TEXTO)*

(...)

La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental; carácter múltiple que se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad; al igual que existen otros mandatos dispersos en la Constitución, que actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente.

(...)

La Corte ha entendido que el principio de la igualdad posee un carácter relacional, lo que quiere decir que: (i) deben establecerse dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio; (ii) debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos;

(iii) debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y (iv) debe constatarse si un tratamiento distinto entre iguales o un tratamiento igual entre desiguales es razonable; es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación. En otras palabras, debe acudirse a un juicio integrado de igualdad que parte de un examen del régimen jurídico de los sujetos en comparación y permite determinar si hay lugar a plantear un problema de trato diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario.

(...)

La uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces permite, entonces, que los ciudadanos tengan certeza sobre el ejercicio de sus derechos y la efectividad de los mecanismos para su protección, con lo cual se concreta la seguridad jurídica y la igualdad en las actuaciones judiciales. Para ello, la jurisprudencia ha fijado diferentes instrumentos: (i) la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, "lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el

*punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley"; (ii) la ley establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas; (iii) la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias **"la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico"**; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, "tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad"; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102)."(NEGRILLAS FUERA DE TEXTO)*

Este derecho fundamental de mi prohijado se ha visto vulnerado a partir del desconocimiento del precedente judicial por parte del fallo recurrido, teniendo en cuenta que, respecto del tipo vertical, la honorable Corte Constitucional ha dicho que las decisiones que sean dictadas por los Jueces deben respeto a las proferidas por los jueces de superior jerarquía y aun con más fuerza las dadas por los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones, su observancia no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de ineludible cumplimiento con el fin de garantizar un mínimo de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, debiendo dar cumplimiento al axioma que indica que a una misma situación de hecho se debe dar una misma solución de derecho.

La honorable Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 354 del 25 de mayo de 2017, con ponencia del Magistrado Dr. Iván Humberto Escrucería Mayolo, afirmó respecto del precedente jurisprudencial y su relación con el derecho a la igualdad que:

*"En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como "la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo". Asimismo, la doctrina lo ha definido como el **mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido**, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares.*

(...)

Se puede clasificar el precedente en dos categorías: (i) el precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por

*el mismo funcionario; y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, **el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales.***

(...)

*Esta Corporación ha sostenido que el principio de igualdad es uno de los elementos más relevantes del Estado constitucional de derecho y lo ha entendido como aquel que ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho. Lo anterior, encuentra sustento en el artículo 13 de la Constitución Política, del cual se desprenden las diversas dimensiones de esta garantía constitucional, a saber: (i) la **igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas;** (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) **el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.**" (Negrilla fuera de texto)*

Para el caso en estudio tenemos que en procesos similares al que nos ocupa, ha sido reiterativa la posición del Consejo de Estado, en relación con el régimen de responsabilidad aplicable por los **daños causados a los conscriptos**, indicando que dicha responsabilidad se encuentra bajo un régimen objetivo que puede darse en dos supuestos, bien por haberse causado por un rompimiento de la carga pública de igualdad – daño especial – o un daño anormal – riesgo excepcional, dado a que el ingreso a prestar servicio militar a la fuerza pública ocurre en razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Constitución Política, en la que los hombres son obligados a la prestación de dicho servicio bajo la coerción del Estado, quien asume la responsabilidad de los daños que se produzcan durante el término que estén bajo la sujeción.

Por lo anterior, es que se ha sostenido por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que como quiera que el servicio militar tiene carácter obligatorio según la Constitución Política de 1991, según lo indicado en artículo 216, surge una correlativa obligación legal de guarda y resultado para el Estado, consistente en devolver a quien ingreso a prestar servicio militar obligatorio, en las mismas condiciones físicas y psicológicas en las que ingreso y por las que fue considerado apto para prestar el servicio.

Para el caso que nos ocupa, se insiste que el señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** se encontraba **patrullando** en el sector de Santa Inés, Norte de Santander, cuando sufre un resbalón, el cual hace que ruede por las rocas, ocasionándole una herida abierta en el pie izquierdo, razón por lo cual es evacuado a Saravena, Arauca al hospital de Sarare, en donde deciden remitirlo al Hospital Militar en la ciudad de Bogotá, en el cual realizan amputación de los 4 y 5 dedo de pie izquierdo., **calificándose esta como ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo**, así mismo debe considerarse que este fue un riesgo que dicho soldado no asumió voluntariamente ni mucho menos eligió compartir con el Estado, fue un peligro al que se vio expuesto en razón de la **orden impartida por sus superiores de patrullar**, tal y como lo indican las pruebas y que los mismo falladores aceptan.

Es importante señalar que si bien el daño sufrido devino de una caída, no es razonable aceptar que quien presta el servicio militar obligatorio, deba asumir daños originados en actos del servicio, por causa y razón del mismo, como ocurre en el caso en estudio, cuando fue el mismo estado el que lo sometió a esta carga que no estaba obligado a soportar, y es por esta razón que es su deber garantizar en la medida de lo posible, su vida e integridad personal, y devolverlo en las mismas condiciones que se incorporó al Ejército Nacional, y así lo ha dejado saber la posición reiterada y pacífica del Honorable Consejo de Estado, como órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por otro lado no obra prueba en el expediente que de manera fehaciente demuestre que la conducta del señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** hubiere sido la causa exclusiva o por lo menos concurrente del daño padecido. Y si por el contrario, del material probatorio se logra inferir que la lesión sufrida por el **soldado OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** se debió a un hecho en cumplimiento del deber y no a un acto en el cual su obrar imprudente o irresponsable hubiere sido la causa y raíz determinante del mismo, siendo preciso reiterar que fue la misma entidad demandada, la que calificó el hecho en el cual resultó lesionado el actor, "**en el servicio, por causas y razones del mismo**", afirmación que se advierte no fue desvirtuada por la entidad demandada quien no logró acreditar el alegado actuar imprudente del lesionado.

Basta con leer el Informativo Administrativo por Lesiones No. 041 del 14 de agosto de 2016, para poder concluir que el **soldado OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** se encontraba ejecutando una labor que el no eligió ejecutar de manera voluntaria, como lo es patrullar en un terreno que el mismo informativo advierte era rocoso, es decir, no es un terreno plano y normal donde cualquier persona transitaría y que si hubiera estado en sus manos no transitar por este, pues NO lo habría hecho el **soldado ARIZA SANCHEZ**, pero como estamos frente a un

sometimiento de la voluntad y de la restricción a la libre locomoción, pues era obligatorio el desplazamiento por dicho terreno.

Las circunstancias en las que resultó lesionado el **soldado OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** fueron calificadas por la Entidad demandada como ocurridas **EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZON DEL MISMO**, en el informativo administrativo No. 041 del 14 de agosto de 2016, de haber sido en otras circunstancias habrían calificado la lesión en Literal A, como ocurrida en el servicio pero no por causa y razón del mismo.

De igual manera califica la imputabilidad en literal B, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, a través del Acta de Junta Medico Laboral **107071** del 23 de abril de 2019, y donde se indica en las valoraciones hechas por los especialistas de Psiquiatría, Ortopedia y Cirugía Plástica que la lesión del señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ obedeció a un derrumbe que ocasiono que una piedra cayera en su pie izquierdo, sufriendo una lesión severa en tejidos blandos, perdida osea y de tejidos múltiples.**

Se trae a colación la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado el 20 de febrero de 2014, bajo el radicado Interno 30132, donde señalo al respecto lo siguiente:

"(...) se entiende que el Estado, frente a los conscriptos y reclusos, adquiere no solo 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, entra en relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquellos (...).

"(...) el vínculo entre Estado y ciudadano fluye a condición de que el primero salvaguarde y garantice los derechos del segundo y, éste a su vez, se sujete a la legítima autoridad del primero. Con todo, las relaciones de sujeción que así nacen, si bien, desde una concepción de generalidad son análogas para todos los ciudadanos, bajo ciertos presupuestos y circunstancias, se acentúan y se hacen especiales en algunos casos, como por ejemplo sucede, con las personas privadas de la libertad y los convocados a prestar el servicio militar obligatorio (...) entre otros.

Esta última y especial relación de sujeción, ha sido desarrollada doctrinariamente como una categoría jurídica, especialmente en el ámbito del derecho administrativo y constitucional, a efectos de establecer las obligaciones que el Estado adquiere con algunos ciudadanos cuando se encuentran respecto de aquel, en una condición dada o en un status jurídico sui generis. (...)

En nuestro ordenamiento, dicha categoría ha encontrado acogida

*tanto en el ámbito del derecho administrativo, como del Constitucional. Desde este último, se han determinado, por ejemplo, los elementos que conforman las relaciones de sujeción y, desde el primero, **se han establecido distinciones respecto de la responsabilidad del Estado con ocasión de los daños causados a quienes se encuentren en una hipótesis de especial sujeción, comoquiera que el Estado adquiere una posición de garante, que deviene de la intervención en la esfera de las libertades individuales.***

(...) dado que el Estado impone a las personas la carga de prestar el servicio militar, está obligado a garantizar la integridad psicofísica del soldado o el policía en la medida en que es una persona sometida a su custodia y ciudadano, lo que implica que debe responder por los daños que le sean causados en la ejecución de la función pública. En otras palabras, la administración debe reintegrar a los soldados conscriptos a la sociedad en las mismas condiciones en que ingresaron al servicio.

En definitiva, la relación de sujeción con el Estado, ocupa lugar al momento de analizar la responsabilidad de este frente a quienes se encuentran inmersos en los eventos denotativos de esa realidad y/o categoría, como ocurre en esta oportunidad" ¹

Así mismo, la jurisprudencia de esta Sección² ha precisado que en relación con los agentes de la Policía y militares "el principio de la igualdad siempre debe mirarse referido a quienes se encuentran en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado" y no frente a los demás ciudadanos ajenos a dichas actividades. Por lo tanto, si bien es cierto que el deber del Estado de proteger la vida de todas las personas se predica también en relación con los miembros de los cuerpos armados, la asunción voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado debe responder por los daños que éstos puedan llegar a sufrir.

En tales circunstancias se ha declarado la responsabilidad del Estado en los eventos en los cuales se ha acreditado el hecho de haber sometido a los miembros de la Fuerza Pública a que asuman riesgos superiores a los que normalmente deben afrontar, como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado³.

¹ Consejo de Estado sentencia del 20 de febrero de 2014, radicado número: 30132.

Corte Constitucional Sentencia T-793 del 19 de agosto de 2008, M.P Humberto Sierra Porto

Consejo de Estado sentencia del 15 de octubre de 2008, radicado número: 33465 – C.P Enrique Gil Botero

² Sentencia del Consejo de Estado Radicación número: 05001-23-31-000-2002-01017-01(38626) del 27 de abril de 2016.

³ En sentencia de 3 de abril de 1997, expediente No. 11.187: "Valga precisar en cuanto al riesgo que asumen quienes se vinculan a las fuerzas armadas, que ese riesgo cobija a todos los integrantes por igual. Sólo cuando alguno de ellos es puesto en circunstancias que intensifican el riesgo puede hablarse de que se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Pero el principio de la

Por todo lo expuesto se considera vulnerado el derecho a la igualdad porque para el caso en estudio, no se aplicó el precedente jurisprudencial decantando por el Honorable Consejo de Estado, y en el cual siempre se ha señalado que debe analizarse a la luz del **régimen de responsabilidad objetiva**, en donde el Estado se encuentra en la obligación de garantizar la seguridad de las personas a su cargo y en ese sentido, quienes prestan servicio militar obligatorio deben salir en las mismas condiciones o iguales condiciones que cuando ingresaron, motivo por el cual el análisis de imputación debe hacerse desde la óptica del daño especial.

Debe destacarse que fue el mismo Ejército Nacional quien aceptó que los hechos y el daño ocurrió en "**servicio por causa y razón del mismo**"⁴, *demostrado mediante Informativo Administrativo por Lesión del 14 de agosto de 2016, Acta de Junta Medico Laboral No. 107071 del 23 de abril del 2019 (donde también se narran los hechos donde resultó lesionado mi poderdante), examen médico del 12 de julio de 2017 de evacuación donde se evidencia la descripción del diagnóstico (trauma en pie izquierdo y amputación) y constancia de tiempo en donde se denota fecha de incorporación 01 de enero 2016 siendo desacuartelado el 08 de julio de 2017, por lo que sin duda alguna, para el día de los hechos, éste se encontraba en ejercicio de sus funciones militares y en obediencia de su superior al interior del Batallón Especial Energético y Vial No. 18 ubicado en Samore – Norte de Santander.*

Verificada la ocurrencia del daño, surge el deber de indemnizar plenamente a al soldado regular **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** en su calidad de conscripto del Ejército Nacional, ya que no debía soportar el daño causado, a pesar que este hubiese tenido su origen en el hecho de resbalarse y caer mientras patrullaba, y por el contrario la entidad demandada tenía que reintegrar al soldado a su familia en las mismas circunstancias en las que ingresó y, por tanto, hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

igualdad siempre debe mirarse referido a quienes se encuentran en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado. En tratándose del riesgo a perder la vida o a sufrir lesiones personales, no puede predicarse igualdad entre cualquier asociado y quien pertenece a las fuerzas armadas del Estado. La vinculación a esas instituciones de suyo implica la asunción del riesgo, diferente a aquel que se presenta frente al asociado común".

⁴ Folio 104 del cuaderno principal de primera instancia.

DEBIDO PROCESO

La honorable Corte Constitucional en Sentencia T 957 del 16 de diciembre de 2011, con ponencia del señor Magistrado Dr. Gabriel MendozaMartelo refirió que:

"La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso "como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia". Del mismo modo, ha señalado que el respeto a este derecho fundamental supone que todas las autoridades judiciales y administrativas, dentro del ámbito de sus competencias, deben ejercer sus funciones con sujeción a los procedimientos previamente definidos en la ley, respetando las formas propias de cada juicio, a fin de que los derechos e intereses de los ciudadanos incursos en una relación jurídica cuenten con la garantía de defensa necesaria ante posibles actuaciones arbitrarias o abusivas, en el marco de la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una sanción. Bajo esa premisa, el derecho al debido proceso se manifiesta como desarrollo del principio de legalidad y como un límite al ejercicio del poder público, en la medida en que toda competencia asignada a las autoridades públicas, no puede desarrollarse sino conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, en procura de la garantía de los derechos de los administrados."

El Tribunal accionado dejó de aplicar el criterio jurisprudencial tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional que apunta a señalar que: (i) por regla general, el régimen de responsabilidad aplicable a las personas que sufren un daño *durante la prestación del servicio militar obligatorio* es el objetivo, sea por daño especial o riesgo excepcional, responsabilidad derivada de la relación especial de sujeción de quien presta el servicio militar obligatorio frente al poder del Estado, que hace a este último responsable de los posibles daños que puedan padecer los soldados durante tal prestación; y (ii) que, sólo en los casos en los que se acredite de los hechos y las pruebas que existió una falla en el servicio, se aplica el título de imputación subjetivo.

A este respecto, la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado en sentencia de 14 de marzo de 2019 (exp. 48635)⁵ señaló

⁵ Sección Tercera, Subsección "A", radicado número: 20001-23-31-000-2011-00457-01, C.P. María Adriana Marín.

que el daño antijurídico causado a una persona que presta servicio militar obligatorio puede ser imputable o atribuible al Estado con fundamento en los títulos de imputación de i) 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 misma.

Precisó que la jurisprudencia ha diferenciado la clase de vínculo que se crea para el Estado frente a quienes prestan servicio militar obligatorio y respecto de los soldados voluntarios o profesionales. En el primero, el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas, en el cual no hay vínculo de carácter laboral alguno; mientras que en el segundo (soldado profesional), el vínculo surge en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través los actos administrativos de nombramiento y posesión.

A diferencia del soldado profesional, que ingresa en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional, el soldado que presta servicio militar obligatorio se ve obligado a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado. Así, el conscripto no goza de protección laboral frente a los riesgos a los cuales se le somete en cumplimiento de su cometido constitucional, por cuanto la ley tan sólo le reconoce algunas prestaciones, las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco asimilarse al régimen a for fait previsto por la ley para los miembros profesionales de la fuerza pública.

Conforme se indica por la Sección Tercera, Subsección A en la sentencia citada, "[...] frente a los perjuicios ocasionados a soldados conscriptos, en la medida en la cual su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio y al disponer de su libertad individual, entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos en el desarrollo de tal relación, razón por la cual resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque frente a ellos el daño provenga de i) el rompimiento de las cargas públicas que no tengan la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estarían sometidos, 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 [...]"

Y se agrega que "[...] en relación con las personas que prestan servicio militar obligatorio, el principio iura novit curia reviste una especial relevancia, toda vez que el juzgador debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en los títulos de imputación antes mencionados. Además, no debe perderse de vista que, en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del conscripto en la medida en

que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública [...]”.

Así mismo, la sentencia citada, señaló que lo anterior no obsta para que en este tipo de situaciones opere la causa extraña en sus diversas modalidades, como causal exonerativa de responsabilidad, casos en los cuales, como resulta apenas natural, la acreditación de la eximente deberá fundarse en la demostración de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la que en cada caso se alegue: fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, según corresponda; por consiguiente, no resulta procedente 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 soldados regulares, resulte suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles –por acción u omisión– a la Administración Pública⁶.

Advierte la Sala, que la posición atrás mencionada constituye la reiteración de varios pronunciamientos en el mismo sentido proferidos por esta Corporación con relación a la responsabilidad del Estado en caso de lesiones sufridas por conscriptos durante la prestación del servicio militar obligatorio⁷.

De igual forma, el anterior criterio jurisprudencial del Consejo de Estado fue acogido por la Corte Constitucional⁸ al revisar las decisiones que negaron el amparo solicitado por una persona que durante la prestación del servicio militar obligatorio sufrió manifestaciones de trastorno y ansiedad que desencadenaron en un trastorno mental (esquizofrenia), que le generó una pérdida laboral del 100%, y que al demandar en ejercicio de la acción de reparación directa al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional para que le indemnizaran por tal daño, le fueron negadas por los jueces ordinarios sus pretensiones con fundamento en que, si bien la afectación a la salud del soldado conscripto se produjo

⁶ Se cita en este punto la sentencia del 15 de octubre de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Exp. 18586. C.P. Enrique Gil Botero.

⁷ Al respecto, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 16 de julio de 2015, radicación número: 52001-23-31-000-2001-00860-01(33465), C.P. Hernán Andrade Rincón (E). En esta providencia se condenó al Estado por las lesiones sufridas por un soldado durante la prestación del servicio militar obligatorio, lo cual le generó una pérdida de la capacidad laboral del 27.5%. En esta oportunidad se indicó que, aunque la prueba obrante en el expediente no permitía declarar la responsabilidad de la entidad demandada bajo el título de falla del servicio, ello no impedía hacer tal declaratoria, pero bajo un régimen objetivo bajo el título de imputación de daño especial derivado de la aplicación de las relaciones de especial sujeción.

Igualmente, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 13 de junio de 2016, radicación número: 52001-23-31-000-2007-00593-01 (39309), C.P. Hernán Andrade Rincón. En este fallo se condenó al Estado bajo el título de imputación de daño especial por las relaciones de especial sujeción, en razón a las lesiones sufridas por un soldado durante la prestación del servicio militar obligatorio como consecuencia de una neumonía que le generó una disminución de la capacidad laboral del 20.79%.

⁸ Sentencia T – 011 de 2017, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

durante la prestación del servicio militar, el daño no se originó por el cumplimiento de dicha actividad.

La Corte amparó al accionante el derecho fundamental al debido proceso, al estimar que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en desconocimiento del precedente del Consejo de Estado, toda vez que exigieron a aquel 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. Señaló la Corte que para determinar el título de imputación aplicable hay que tener en cuenta las circunstancias en las cuales se configuró el daño, y que 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 y, en consecuencia, 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.

En esta sentencia, luego de sintetizar las reglas jurisprudenciales de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre la responsabilidad del Estado en los casos de personas que sufren un daño durante la prestación del servicio militar obligatorio, la Corte Constitucional, además, señaló lo siguiente:

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

ii) 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).

Por último, la Corte puntualizó que el anterior entendimiento de la responsabilidad del Estado en los casos de daños sufridos por los conscriptos durante la prestación del servicio militar obligatorio tiene como sustento la aplicación del principio pro homine en tanto que favorece la protección de los derechos humanos y ayuda a

Tratándose de una relación de especial sujeción -la que tiene el soldado conscripto frente al Estado-, el título de imputación en este caso debe ser el del daño especial; frente al cual, en efecto, el demandado solo puede exonerarse de responsabilidad aportando la prueba de la causa extraña.

Sin embargo, para el caso que no ocupa, se vulnera el derecho al debido proceso, al estimar que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en desconocimiento del precedente del Consejo de Estado, toda vez que determina que no se demostró que el daño alegado por el demandante estuvo directamente relacionado con la actividad castrense, a pesar de demostrar que el soldado ARIZA SANCHEZ ejercía labores propias del servicio militar por su condición de conscripto y que las afecciones fueron consecuencia del patrullaje bajo órdenes de su superior y como bien lo dice esta administración de justicia el señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** "ejercía labores propias del servicio militar por su condición de conscripto" y 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 labores de patrullaje), 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), además sí el señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ**, no hubiera sido reclutado y/o obligado a la prestación del servicio militar, no hubiera estado en el tiempo, modo y lugar en donde surgió el evento que lo lesionó y en donde estaba bajo custodia del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y mucho menos padecido una disminución a la capacidad laboral del **32.57%**, **que entre otras cosas es de consideración, ya que trajo consigo una pérdida del 4 y 5 metatarsiano, deformidad en garra 1-2-3 artejo asociado con cojera.**

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

La presente Acción de Tutela es procedente teniendo en cuenta que la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-149/13 del 19 de marzo de 2013, con ponencia del respetable Magistrado Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, expresó que:

"De acuerdo con el Artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". En la misma línea, el Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 confirma la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa, e indica que la eficacia de dichos recursos debe ser apreciada en concreto, "atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante". Cuando se trata de proteger el derecho de petición, el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente de la acción de tutela, de modo que quien resulte afectado por la vulneración a este derecho fundamental no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizar el mismo. Por esta razón, quien encuentre que la debida resolución a su derecho de petición no fue producida o comunicada dentro de los términos que la ley señala, esto es, que se quebrantó su garantía fundamental, puede acudir directamente a la acción de amparo constitucional."

Conforme a la evolución de la Jurisprudencia Constitucional según la cual en el Estado Social de Derecho, la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de las autoridades públicas, incluidas las de los Jueces de la República, por ello si bien esta acción resulta procedente contra las providencias judiciales, ello es absolutamente excepcional en tanto que la seguridad jurídica y el respeto al Debido Proceso no permiten el carácter temporal de tales decisiones, ni la existencia de la Tutela como última instancia de todos los procesos y acciones.

I. TEST DE PROCEDENCIA Y SU APLICABILIDAD EN EL CASO CONCRETO

Se ha llevado a desarrollar un Test para determinar la procedencia de la acción de Tutela contra decisiones judiciales, como son los defectos de fondo de la providencia judicial acusada, los cuales deben satisfacer plenamente en la tarea de identificar cuando una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente Constitucional.

Se consideran requisitos de procedibilidad para la Acción de Tutela por la jurisprudencia las que se señalan a continuación:

- a. *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.*
- b. *Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada.*
- c. *Que se dé cumplimiento al requisito de la inmediatez.*
- 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*
- 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.*
- f. *Que no se trate de sentencias de tutela.*

En el caso sub examine nos encontramos con el cumplimiento de los anteriores, resaltando que, I. es ostensible que los fallos recurridos desconocen a mi prohijado sus derechos fundamentales a la Igualdad, Debido Proceso, y el Acceso a la Justicia, II. Como se narró en el anterior acápite, se agotaron los mecanismos establecidos por la Ley para hacer valer los derechos del señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** adelantando la etapa prejudicial y acudiendo a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, III. se interpone la acción de tutela contra el fallo el 11 de noviembre de 2021 y notificada el 17 de noviembre de 2021, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A, Magistrado Ponente JAVIER TOBO RODRIGUEZ, dentro del proceso 11001333603820180020501, promovido por **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ**, la cual **REVOCÓ** la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 38 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el día 31 de julio de 2020, y que accedió a las pretensiones de la demanda, por lo cual consideramos que es oportuno y razonable el tiempo transcurrido entre las providencias que se estiman vulneradoras de derechos y la solicitud de amparo.

De no reconocerse el amparo a los derechos de mis prohijados se causará un perjuicio grave e irremediable al mismo.

II. REQUISITOS DE FONDO PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Ha planteado la honorable Corte Constitucional mediante sentencia C590 del 08 de junio de 2005, con ponencia del Dr. Jaime Córdoba Triviño, que para que proceda una Acción de Tutela contra providencia judicial se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que se describen a continuación:

- a) Defecto orgánico: Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia.
- 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: Cuando 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: Se presenta cuando el Juez 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.
- g) **Desconocimiento del precedente: Según la Corte Constitucional, 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: Cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que, si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

Para el caso concreto, se evidencia que el fallo del día el 11 de noviembre de 2021 y notificada el 17 de noviembre de 2021, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A, Magistrado Ponente JAVIER TOBO RODRIGUEZ, dentro del proceso 11001333603820180020501, promovido por **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ**, la cual **REVOCÓ** la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 38 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el día 31 de julio de 2020, y que accedió a las pretensiones de la demanda adolece de un vicio o defecto, el cual se desarrolla a continuación:

- **DEFECTO FÁCTICO:**

Se realizó una valoración probatoria arbitraria, caprichosa e irracional, que desconoció los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, pues no se discute que las pruebas aportadas al proceso fueran valoradas, sino que no fueron apreciadas en forma objetiva y racional.

En sentencia de segunda instancia, se precisa:

(...) el demandante no aportó elementos de juicio que llevaran al juzgador a la convicción de que la lesión padecida fue por causa, razón y ocasión del servicio militar obligatorio. En esta medida, lo

que se presenta en el caso estudio por esta Sala es una omisión probatoria traducida en una carga procesal incumplida por el extremo demandante que obstruye la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Concluye la Sala, que en el caso concreto no se demostró que el daño alegado por el demandante estuvo directamente relacionado con la actividad castrense, requisito forzoso para establecer la responsabilidad administrativa de la entidad demandada."

El poder de los operadores jurídicos, para adoptar decisiones debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender necesariamente criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley, de lo contrario, el margen de apreciación del juez sería entendido como arbitrariedad judicial, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría dejar sin efectos la providencia atacada.

La anterior decisión del operador judicial, se tomó a pesar de demostrar mediante Informativo Administrativo por Lesión del 14 de agosto de 2016, Acta de Junta Medico Laboral No. 107071 del 23 de abril del 2019 (donde también se narran los hechos donde resultó lesionado mi poderdante), examen médico del 12 de julio de 2017 de evacuación donde se evidencia la descripción del diagnóstico (trauma en pie izquierdo y amputación) y constancia de tiempo en donde se denota fecha de incorporación 01 de enero 2016 siendo desacuartelado el 08 de julio de 2017, por lo que sin duda alguna, para el día de los hechos, éste se encontraba en ejercicio de sus funciones militares y en obediencia de la orden impartida por su superior de ejecutar labores de patrullaje en el Sector de Santa Inés – Norte de Santander, donde debido a la irregularidad se resbala, cayendo sobre el una piedra que lesiona su pie izquierdo.

Las pruebas obrantes dentro del proceso contencioso en mención coinciden en señalar la responsabilidad objetiva en la que incurrió la Nación – Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional, así como también lo señaló la sentencia de primera instancia dentro del presente caso, al valorar las pruebas allegadas:

(...) se evidencia que el daño alegado por la parte actora está acreditado, toda vez que el soldado regular OMAR YESID ARIZA SANCHEZ el día 14 de agosto de 2016 sufrió un accidente consistente en aplastamiento de su pie izquierdo, lo que implicó

amputación de algunos de sus dedos, daño que tiene la connotación de antijurídico. (...)

Se reitera que basta con leer el Informativo Administrativo por Lesiones No. 041 del 14 de agosto de 2016, para poder concluir que el **soldado OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** se encontraba ejecutando una labor que el no eligió ejecutar de manera voluntaria, como lo es patrullar en un terreno que el mismo informativo advierte era rocoso, es decir, no es un terreno plano y normal donde cualquier persona transitaría y que si hubiera estado en sus manos no transitar por este, pues así lo habría hecho el **soldado ARIZA SANCHEZ**, pero como estamos frente a un sometimiento de la voluntad y de la restricción a la libre locomoción, pues era obligatorio el desplazamiento por dicho terreno.

Se reitera que las circunstancias en las que resultó lesionado el **soldado OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** fueron calificadas por la Entidad demandada como ocurridas **EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZON DEL MISMO**, en el informativo administrativo No. 041 del 14 de agosto de 2016, de haber sido en otras circunstancias habrían calificado la lesión en Literal A, como ocurrida en el servicio pero no por causa y razón del mismo, es decir, por imprudencia al ejecutar un acto de la cotidianidad, como lo es el de caminar, pero para el caso en estudio las pruebas dejan claro que no fue una simple marcha, sino que esta se realizaba en un terreno rocoso, pues como podría una persona sufrir semejante lesión en un pie al caerse y recibir un golpe con una simple piedra, pues son las pruebas las que dan cuenta que fue tan grande y pesada la piedra que causó semejante daño en el pie izquierdo del **soldado OMAR YESID ARIZA SANCHEZ**.

No se hizo una valoración en conjunto de la prueba documental que obra en el plenario como lo es el Informativo Administrativo por Lesiones No. 041 del 14 de agosto de 2016, que calificó la imputabilidad del hecho en literal B, la cual fue ratificada por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, a través del Acta de Junta Médico Laboral **107071** del 23 de abril de 2019, y donde se indica en las valoraciones hechas por los especialistas de Psiquiatría, Ortopedia y Cirugía Plástica que la lesión del señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** obedeció a un **derrumbe que ocasiono que una piedra cayera en su pie izquierdo, sufriendo una lesión severa en tejidos blandos, perdida osea y de tejidos múltiples**.

No se entiende como el operador judicial teniendo las pruebas que dan cuenta de las circunstancias en las que resultó lesionado el señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ**, y de la gravedad de la lesión padecida en su pie izquierda, insista en señalar que "(...) el demandante no aportó elementos de juicio que llevaran al juzgador a la convicción de que la lesión padecida fue por causa, razón y ocasión del servicio militar obligatorio. En esta medida, lo que se presenta en el

caso estudio por esta Sala es una omisión probatoria traducida en una carga procesal incumplida por el extremo demandante que obstruye la prosperidad de las pretensiones de la demanda. (...) Concluye la Sala, que en el caso concreto no se demostró que el daño alegado por el demandante estuvo directamente relacionado con la actividad castrense, requisito forzoso para establecer la responsabilidad administrativa de la entidad demandada."

Concluyendo, que Acervo probatorio suficiente, con el cual se demuestran los hechos, daño antijurídico y que el soldado regular OMAR YESID ARIZA SANCHEZ, se encontraba bajo la sujeción de la entidad castrense en cumplimiento de sus funciones y por ende, su lesión se presenta por causa y razón de la prestación del servicio militar obligatorio.

Respecto al valor de las pruebas y la valoración de la realidad, señalo el Honorable Consejo de Estado:

*"(...) en aras de garantizar los citados principios del debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la primacía del derecho sustancial sobre el material, el juez conductor del proceso debe hacer uso de los instrumentos que la ley ha puesto a su disposición a fin de efectivizar los derechos de las partes, de tal suerte que pueda esclarecer los hechos puestos a su consideración y emitir un pronunciamiento acorde no sólo con la realidad probatoria allegada, sino con la que ofrece la realidad y, en todo caso, dictar una decisión de fondo que garantice a los administrados la justicia material que persiguen. Por tanto, los poderes en cabeza del juez, encaminados al impulso oficioso de los procesos, han venido siendo reiterados en los diversos estatutos procesales. Po todo lo expuesto, es necesario recordar a las autoridades judiciales accionadas, los poderes correccionales con los que cuentan conforme al artículo 44 del Código General del Proceso y que con base en ellos pueden requerir a las partes, bajo los apremios de ley, para que cumplan con sus deberes de aportar los elementos probatorios que se les han ordenado."*⁹

⁹ Consejo de Estado, sentencia radicado 11001-03-15-000-2021-00649-01 del 24 de junio de 2021 M.P Gabriel Valbuena Hernández

Corte Constitucional ha señalado:

“La preocupación por la pasividad del juez y el interés por alcanzar decisiones justas, no solo medidas por el rasero del procedimiento formal sino consultando la realidad de las partes, conllevó a una paulatina reformulación del papel del funcionario judicial, quien dejó de ser un espectador pasivo para convertirse en un verdadero protagonista en la realización de los fines públicos del proceso. Un funcionario dispuesto a investigar la verdad, prescindiendo incluso de la actividad de las partes. Por tanto, facultado para iniciar oficiosamente el proceso, decretar pruebas de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio tendiente a buscar la verdad”¹⁰

- **DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE:** Los artículos 228 y 230 de la Carta Política establecen que el poder judicial es autónomo e independiente y que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. Esta regla general de independencia y autonomía del poder judicial no es absoluta, sino que encuentra sus límites en la realización de otros valores constitucionales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la Constitución.

En materia de decisiones judiciales, se destaca el respeto por el **principio de igualdad** (artículo 13 de la C.P.), el cual implica no solamente la igualdad ante la ley sino también la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades y específicamente la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley por parte de las autoridades judiciales, preservándose de esta manera la seguridad jurídica y con ella la certeza en los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma. Corolario de esto, surge como límite a la autonomía e independencia de los jueces, el respeto por el precedente.

Al respecto, debo señalar que en el caso en estudio se tiene que la actividad que estaba desarrollando el soldado **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ**, y que tiene una relación mediática con el servicio que estaba desplegando, y que fue

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003

impuesto además por la Entidad demandada.

Cabe resaltar que, si las autoridades judiciales demandadas no hubieran incurrido en el desconocimiento del precedente del Consejo de Estado, no se hubiera proferido sentencia **NEGANDO PRETENSIONES**, desconociendo los derechos de los hoy **TUTELANTES**, haciendo aún más gravosa su situación, máxime que las lesiones padecidas por el señor **OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** fueron de consideración, a tal punto que quedo con una disminución a la capacidad laboral del **32.57%**, que se insiste fue en una actividad propia del servicio y no en una simple actividad rutinaria, que por demás este no eligió ejecutar, sino que fue impuesta, y es por esta razón que consideraos se desconoce el extenso precedente jurisprudencial que existe respecto de la responsabilidad del Estado frente a los daños sufridos por soldados conscriptos.

PRECEDENTE JUDICIAL

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ANTE DAÑOS SUFRIDOS POR SOLDADOS CONSCRIPTOS

En forma pacífica y reiterada, la Jurisprudencia de Honorable Consejo de Estado ha considerado que frente a las personas que prestan servicio militar, el Estado asume una posición de garante por la existencia de una relación de especial sujeción, de modo que el conscripto se encuentra bajo su custodia y cuidado.

CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional que apunta a señalar que: (i) por regla general, el régimen de responsabilidad aplicable a las personas que sufren un daño durante la prestación del servicio militar obligatorio es el objetivo, sea por daño especial o riesgo excepcional, responsabilidad derivada de la relación especial de sujeción de quien presta el servicio militar obligatorio frente al poder del Estado, que hace a este último responsable de los posibles daños que puedan padecer los soldados durante tal prestación; y (ii) que, sólo en los casos en los que se acredite de los hechos y las pruebas que existió una falla en el servicio, se aplica el título de imputación subjetivo. (...) A este respecto, la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado en sentencia de 14 de marzo de 2019 (exp. 48635) señaló que el daño antijurídico causado a una persona que presta servicio militar obligatorio puede ser imputable o atribuible al Estado con fundamento en los títulos de imputación de i) 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 misma. (...) De igual forma, el anterior criterio jurisprudencial del Consejo de Estado fue acogido por la Corte Constitucional al revisar las decisiones que negaron el amparo solicitado por una persona que durante la prestación del servicio militar obligatorio sufrió manifestaciones de trastorno y ansiedad que desencadenaron en un trastorno mental (esquizofrenia), que le generó una pérdida laboral del 100%, y que al demandar en ejercicio de la acción de reparación directa al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional para que le indemnizaran por tal daño, le fueron negadas por los jueces ordinarios sus pretensiones con fundamento en que, si bien la afectación a la salud del soldado conscripto.¹¹

CONSEJO DE ESTADO

“(…) El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho¹², que contraría el orden legal¹³ o que está desprovista de una causa que la justifique¹⁴, resultando que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida¹⁵, violando de manera directa el principio alterum non laedere, en tanto resulta violatorio del ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre, de donde la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado y no de la acción que lo causa. La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto¹⁶. Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio neminem laedere y de igualdad ante las

¹¹ Sentencia del Consejo de Estado Radicación número: 110011-03-15-000-2020-03783-00(AC), Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 2000. Rad.: 11945

¹³ Cfr. De Cupis. Adriano. Teoría General de la Responsabilidad. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. 2ª ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.1975. Pág.90.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Rad.: 11499; Sentencia del 27 de enero de 2000, Rad.: 10867

¹⁵ Cosso. Benedetta. Responsabilità della Pubblica Amministrazione, en obra colectiva Responsabilità Civile, a cargo de Pasquale Fava. Pág. 2407, Giuffrè Editore, 2009, Milán, Italia.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia de 18 de mayo de 2017, rad.: 36.386.

cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido. (...)”¹⁷

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

(...) El Consejo de Estado ha sido enfático en determinar que, respecto de las personas que se ven obligadas a prestar el servicio militar, el Estado asume la posición de garante al someter la voluntad del soldado y disponer de la libertad individual de éste para un fin determinado, creándose así una relación de especial sujeción que hace que la administración responda por los daños sufridos por ellos mientras se encuentren prestando su servicio militar obligatorio. Entonces, el Estado como garante de los conscriptos tiene la obligación de vigilancia y cuidado sobre este tipo especial de soldados, tanto dentro de las instalaciones donde se preste el servicio militar como en el desarrollo de actividades propias del servicio. En este sentido, la posición de garante de la administración se traduce en el deber de devolver al soldado conscripto en las mismas condiciones psicológicas y físicas en las cuales este ingresó a la Institución militar.

Así las cosas, de acuerdo al precedente, es clara la imputabilidad a la entidad demandada del daño sufrido por el señor Marrugo, en primer lugar, porque, los hechos acaecieron cuando éste prestaba su servicio militar obligatorio y, en segundo lugar, por la obligación de resultado de devolver al individuo en las mismas condiciones que tenía cuando ingresó a prestar el servicio militar, en virtud de la posición de garante del Estado respecto del conscripto.

A juicio del juez de primera instancia la configuración del daño es consecuencia de una fuerza mayor, dado que la caída del árbol comporta la concurrencia de “los elementos de la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la exterioridad jurídica del hecho dañoso para la autoridad accionada (...) originándose una exoneración total por parte del Estado de la responsabilidad endilgada, atendiendo que endosarle en este caso el daño (...), supondría trasladarle las consecuencias negativas de un hecho en el que no tuvo injerencia alguna”.

No comparte la Sala estas consideraciones puesto que, como lo afirmó el apelante en su recurso, el conscripto tiene restringida la libertad de locomoción. No fue el señor Marrugo el que determinó exponerse a la tormenta y pernoctar en el lugar de los hechos donde se produjo el suceso. La decisión fue tomada por su superior, en cumplimiento de una orden de operaciones. Si bien la

¹⁷ Sentencia de 28 de febrero de 2020, Subsección C, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2011-00065-01(51065), Consejero Ponente: Nicolás Yepes Corrales.

causa material del daño fue un hecho de la naturaleza, la causa jurídica corresponde a la situación que impuso la Entidad a la víctima. La víctima ingresó en buenas condiciones de salud y ahora padece una incapacidad permanente parcial a raíz de la caída del árbol en su pierna derecha, durante el cumplimiento de su deber de prestar el servicio militar obligatorio.

Recordemos que tanto el informe administrativo por lesiones, como la Junta Médico Laboral Militar determinaron que el hecho ocurrió en el servicio, por causa y razón del mismo. Así, dado que el Estado lo sometió a una carga que no estaba en la obligación de soportar, éste debe devolverlo a la vida civil en las mismas condiciones en las que se incorporó al cuerpo castrense.

(...) Posición a la que se acoge la sala, pues pese a que en el proceso que ocupa la atención no se acreditaron las condiciones de la carpa en la que se refugió el infante de marina regular **YESID JARAMILLO OSORIO**, del rayo -hecho de la naturaleza y tampoco su ubicación, si se demostró que mientras aquél se encontraba en custodia de la Armada Nacional, sufrió lesiones que le resultan imputables.

No niega la sala que se presentó un hecho de la naturaleza reflejada en un rayo (descarga eléctrica), **sin embargo, lo cierto es que aquello ocurrió solamente porque YESID JARAMILLO OSORIO fue vinculado al servicio militar obligatorio, limitando de esa forma su libertad de locomoción, y en ese sentido, la entidad demandada debe ser condenada administrativamente por los hechos bajo estudio.**

Así las cosas, no se acreditó el eximente de responsabilidad de fuerza mayor, por el contrario, sigue indemne la imputación objetiva que se cierne frente a la Armada nacional, pues incumplió su deber de protección y cuidado.

Para la sala debe revocarse el fallo impugnado, que negó las pretensiones de la demanda, toda vez que las lesiones sufridas por el infante de marina regular Yesid Jaramillo Osorio de dieron durante la prestación del servicio militar obligatorio, incumplimiento de esta forma la Armada Nacional con el deber de protección y guarda que le asistía.¹⁸

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LESIONES PERSONALES DE CONSCRIPTO

Respecto de este tema el Consejo de Estado ha reiterado lo siguiente:

¹⁸ Sección Tercera, Subsección "A". radicado 110013336035201700091-01, MP Henry Aldemar Barreto. 13 de febrero de 2020.

“(…) En cuanto al régimen aplicable por los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio, se ha venido encuadrando en un título de imputación objetivo, bien sea el daño especial, o el riesgo excepcional. La premisa de la que se parte es que se produce la ruptura del principio de igualdad en la asunción de las cargas públicas, teniendo en cuenta que el ingreso a la fuerza pública ocurre en razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Carta Política. (...) cuando se trata de personas que se encuentran prestando el servicio militar obligatorio se afirma que no quedan sometidos a los riesgos inherentes a la actividad militar voluntariamente, “sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas”¹⁹.

Precisamente, la necesaria distinción que se ofrece entre quien presta el servicio militar obligatorio y no, ha llevado frente al primero a elaborar una premisa que construida como argumento en el precedente de la Sala, “cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud debe dejar el servicio en condiciones similares”²⁰.

A lo que se agrega, siguiendo el precedente, que se trata de daños “

... cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y libertades inherentes a la condición de militar”²¹ .

Por lo tanto, no puede ser igual el tratamiento que se dispense a quienes ejercen sus funciones profesionalmente, con alto grado de entrenamiento y compromiso, y a quienes, simplemente por estar obligados legalmente a ello, ingresan a las filas en las instituciones armadas; en consecuencia, las labores o misiones que a estos últimos se les encomienden, deben ser proporcionales a ese grado básico de instrucción, además de representar un mínimo riesgo para su vida e integridad personal, salvo que la situación específica de necesidad de defensa del Estado exija algo distinto”²² .

(…) En reciente precedente de la Sala se dijo que cuando la administración pública impone el deber de prestar el servicio militar, se configura que esa persona que presta el servicio militar obligatorio “se encuentra sometida a su custodia y cuidado”, situándose en una posición de riesgo, “lo que en términos de imputabilidad significa que debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública”²³.

¹⁹ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158. El deber del Estado de proteger la vida de todas las personas tiene alcance limitado respecto a los miembros de las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad, puesto que estos asumen voluntariamente “los riesgos propios de esas actividades”. Los “riesgos inherentes a la actividad

²⁰ Sentencias de 3 de marzo de 1989. Exp. 5290; de 25 de octubre de 1991. Exp. 6465.

²¹ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

²² Sentencias de 14 de diciembre de 2004. Exp.14422; de 3 de mayo de 2007. Exp.16200.

²³ Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586

En ese mismo precedente, se dijo que el Estado se encontraría frente a la persona que presta el servicio militar obligatorio en una posición de garante, representada por la existencia de una relación de especial sujeción. Lo anterior indica, que en ciertos casos el Estado puede contribuir co-causalmente, pese a que haya intervenido el hecho de un tercero. Este argumento se depura, afirmándose que el Estado pone a quien presta el servicio militar obligatorio en una situación de riesgo, lo que lleva a concluir que la simple constatación de la existencia de una causa extraña, como la del hecho de un tercero, no es suficiente para que los daños no sean atribuibles, centrándose la atención en que el resultado perjudicial tiene relación mediata con el servicio. En los anteriores términos, al Estado sólo le queda acreditar que le resultaba absolutamente imprevisible e irresistible asumir los riesgos a los que estuvo expuesto quien presta el servicio militar obligatorio²⁴. (...19)”

A este respecto, la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado en sentencia de 14 de marzo de 2019 (exp. 48635)²⁵ señaló que el daño antijurídico causado a una persona que presta servicio militar obligatorio puede ser imputable o atribuible al Estado con fundamento en los títulos de imputación de i) 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 misma.

Precisó que la jurisprudencia ha diferenciado la clase de vínculo que se crea para el Estado frente a quienes prestan servicio militar obligatorio y respecto de los soldados voluntarios o profesionales. En el primero, el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas, en el cual no hay vínculo de carácter laboral alguno; mientras que en el segundo (soldado profesional), el vínculo surge en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través los actos administrativos de nombramiento y posesión.

A diferencia del soldado profesional, que ingresa en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional, el soldado que presta servicio militar obligatorio se ve obligado a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado. Así, el conscripto no goza de protección laboral frente a los riesgos a los cuales se le somete en cumplimiento de su cometido constitucional, por cuanto la ley tan sólo le reconoce algunas prestaciones, las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco asimilarse al régimen a for fait previsto por la ley para los miembros profesionales de la fuerza pública.

²⁴ Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586

²⁵ Sección Tercera, Subsección “A”., radicado número: 20001-23-31-000-2011-00457-01, C.P. María Adriana Marín.

Conforme se indica por la Sección Tercera, Subsección A en la sentencia citada, "[...] frente a los perjuicios ocasionados a soldados conscriptos, en la medida en la cual su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio y al disponer de su libertad individual, entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos en el desarrollo de tal relación, razón por la cual resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque frente a ellos el daño provenga de i) el rompimiento de las cargas públicas que no tengan la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estarían sometidos, 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 [...]"

Y se agrega que "[...] en relación con las personas que prestan servicio militar obligatorio, el principio iura novit curia reviste una especial relevancia, toda vez que el juzgador debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en los títulos de imputación antes mencionados. Además, no debe perderse de vista que, en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del conscripto en la medida en que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública [...]"

Así mismo, la sentencia citada, señaló que lo anterior no obsta para que en este tipo de situaciones opere la causa extraña en sus diversas modalidades, como causal exonerativa de responsabilidad, casos en los cuales, como resulta apenas natural, la acreditación de la eximente deberá fundarse en la demostración de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la que en cada caso se alegue: fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, según corresponda; por consiguiente, no resulta procedente 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 soldados regulares, resulte suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles –por acción u omisión– a la Administración Pública²⁶.

Advierte la Sala, que la posición atrás mencionada constituye la reiteración de varios pronunciamientos en el mismo sentido proferidos por esta Corporación con relación a la responsabilidad del Estado en caso de lesiones sufridas por conscriptos durante la prestación del servicio militar obligatorio²⁷.

²⁶ Se cita en este punto la sentencia del 15 de octubre de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Exp. 18586. C.P. Enrique Gil Botero.

²⁷ Al respecto, Sección Tercera, Subsección "A", sentencia del 16 de julio de 2015, radicación número: 52001-23-31-000-2001-00860-01(33465), C.P. Hernán Andrade Rincón (E). En esta providencia se condenó al Estado por las lesiones sufridas por un soldado durante la prestación del servicio militar obligatorio, lo cual le generó una pérdida

3.5.3.2. De igual forma, el anterior criterio jurisprudencial del Consejo de Estado fue acogido por la Corte Constitucional²⁸ al revisar las decisiones que negaron el amparo solicitado por una persona que durante la prestación del servicio militar obligatorio sufrió manifestaciones de trastorno y ansiedad que desencadenaron en un trastorno mental (esquizofrenia), que le generó una pérdida laboral del 100%, y que al demandar en ejercicio de la acción de reparación directa al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional para que le indemnizaran por tal daño, le fueron negadas por los jueces ordinarios sus pretensiones con fundamento en que, si bien la afectación a la salud del soldado conscripto se produjo durante la prestación del servicio militar, el daño no se originó por el cumplimiento de dicha actividad.

La Corte amparó al accionante el derecho fundamental al debido proceso, al estimar que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en desconocimiento del precedente del Consejo de Estado, toda vez que exigieron a aquel 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. Señaló la Corte que para determinar el título de imputación aplicable hay que tener en cuenta las circunstancias en las cuales se configuró el daño, y que 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 y, en consecuencia, 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.

En esta sentencia, luego de sintetizar las reglas jurisprudenciales de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre la responsabilidad del Estado en los casos de personas que sufren un daño durante la prestación del servicio militar obligatorio, la Corte Constitucional, además, señaló lo siguiente:

i) 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

de la capacidad laboral del 27.5%. En esta oportunidad se indicó que, aunque la prueba obrante en el expediente no permitía declarar la responsabilidad de la entidad demandada bajo el título de falla del servicio, ello no impedía hacer tal declaratoria, pero bajo un régimen objetivo bajo el título de imputación de daño especial derivado de la aplicación de las relaciones de especial sujeción.

Igualmente, Sección Tercera, Subsección "A", sentencia del 13 de junio de 2016, radicación número: 52001-23-31-000-2007-00593-01 (39309), C.P. Hernán Andrade Rincón. En este fallo se condenó al Estado bajo el título de imputación de daño especial por las relaciones de especial sujeción, en razón a las lesiones sufridas por un soldado durante la prestación del servicio militar obligatorio como consecuencia de una neumonía que le generó una disminución de la capacidad laboral del 20.79%.

²⁸ Sentencia T – 011 de 2017, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

sufran los conscriptos. 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.

ii) 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).

iii) Le corresponde al Estado 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 obligatorio 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.

Por último, la Corte puntualizó que el anterior entendimiento de la responsabilidad del Estado en los casos de daños sufridos por los conscriptos durante la prestación del servicio militar obligatorio tiene como sustento la aplicación del principio pro homine en tanto que favorece la protección de los derechos humanos y ayuda a materializar la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad en el Estado Social de Derecho.

De otro lado, la Sala advierte que la sentencia censurada vulnera otras garantías constitucionales como son la vida digna²⁹, el derecho al trabajo³⁰ y el libre desarrollo de la personalidad³¹ del

²⁹ La Corte Constitucional ha señalado tres lineamientos claros y diferenciables como objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", a saber: "(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)". (Sentencia T-881 de 2002)

³⁰ En cuanto al núcleo esencial del derecho al trabajo la Corte Constitucional ha precisado que aquel se puede ver comprometido en los siguientes eventos, cuando: i) una acción u omisión impiden "[...] el ejercicio de la facultad de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo determinado [...]"; ii) "[...] se evidencia un desconocimiento de las condiciones dignas y justas en las que el trabajador debe realizar su labor [...]" o, iii) la remuneración no es "[...] adecuada al esfuerzo que implica la tarea cumplida por el trabajador, a su preparación, experiencia, conocimiento y al tiempo durante el cual vincule su potencial de trabajo a los fines que interesan al patrono [...]". (Sentencia T-611 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño)

³¹ Según la Jurisprudencia Constitucional el libre desarrollo de la personalidad "es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social". Agrega que se vulnera este derecho cuando "a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia". (Sentencia C-394 de 2017 M.P. Diana Fajardo Rivera)

accionante, en tanto que está de por medio un sujeto de especial protección constitucional que, por su grave condición de salud y su pérdida de capacidad laboral del 100%, no puede desarrollar una actividad productiva que le permita garantizarse una vida digna y acorde a sus intereses como ser humano.

En el anterior contexto, a partir de las consideraciones expuestas, la Sala concederá el amparo al derecho fundamental a la igualdad invocado por Sandra Milena Suárez Vallejo y Santiago Mayorga Suárez, así como a la vida digna, al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad de este último, en atención a que se encuentra probada la existencia de los defectos alegados en el trámite del proceso ordinario que dio origen a esta acción constitucional, en tanto que, de un lado, no se decretó una prueba que era relevante para demostrar los supuestos de hecho en que se sustentaban las pretensiones de la demanda de reparación directa y, de otro, no se aplicó el régimen objetivo de responsabilidad por daño especial por las relaciones de especial sujeción, tratándose de un caso en el cual un soldado durante la prestación de su servicio militar obligatorio perdió el 100% de su capacidad laboral.

En conclusión, cabe resaltar que las autoridades judiciales desestimaron la posición del Consejo de Estado, en relación con el régimen de responsabilidad aplicable por los daños causados a los conscriptos, indicando que dicha responsabilidad se encuentra bajo un régimen objetivo **que se genera para el Estado por la prestación del servicio militar, y la presunción sobre su obligación de responder por los daños que sufran los conscriptos**; caso tal del **soldado regular OMAR YESID ARIZA SANCHEZ** que por encontrarse reclutado realizando tareas directamente relacionadas con la obligación de prestar servicio militar, se vio afectado en su salud.

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, y 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.

Es por demás injusto que además de imponer al soldado conscripto la carga de prestar servicio militar obligatorio, también tenga que soportar el tener que sufrir una merma en su capacidad laboral, porque la entidad le impone permanecer en un lugar donde es evidente puede sufrir una lesión y más aún cuando no le proporcionan elementos básicos de seguridad u protección; la causa jurídica corresponde a la situación que impuso la Entidad al soldado y es precisamente este precedente jurisprudencial el que se solicita se de aplicación en el caso en estudio.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

La presente solicitud está amparada en el Art. 86 de la Constitución Política, en sus Decretos reglamentarios 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1383 de 2000.

También sobre las normas superiores como son el Art. 1, 2, 4, 13, 29, 49 y 90 de la misma Carta, y demás concordantes, así como el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

JURAMENTO

Manifiesto a los respetables Consejeros bajo la gravedad de juramento que por estos hechos no he interpuesto recurso de amparo alguno.

PRUEBAS

Adjunto las siguientes pruebas documentales

1. Poder debidamente conferido por OMAR YESID ARIZA SANCHEZ
2. Poder debidamente conferido por CICER ANTONIO ARIZA ARIZA
3. Poder debidamente conferido por GRISELDA ISABEL ARIZA SANCHEZ
4. Poder debidamente conferido por EUDELIS MARIA ARIZA SANCHEZ
5. Poder debidamente conferido por SILVIA PATRICIA ARIZA SANCHEZ
6. Poder debidamente conferido por NUNELIS TATIANA ARIZA SANCHEZ
7. Poder debidamente conferido por EMERSON DAVID ARIZA SANCHEZ
8. Sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 y notificada el 17 de noviembre del 2021 por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "A". Al interior del Proceso 11001333603820180020501
9. Sentencia proferida por el Juzgado 38 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el día 31 de julio de 2020, y que accedió a las pretensiones de la demanda.

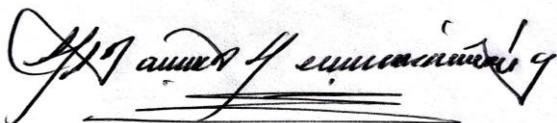
NOTIFICACIONES

El suscrito y mis poderdantes recibiremos notificaciones en la Ciudad de Bogotá en la Calle 19 No.3-10 Of. 2201, Tel. 2818148, celular 3107665188 email: notificacionprocesos@hotmail.com - hectorbarriosh@hotmail.com

La entidad tutelada, El honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la Avenida la Esperanza N° 53-28, Tel.: 4233390 EXT: 8000 – correo scs03sb03tadmincdm@notificacionesrj.gov.co.

De los señores Consejeros, con la admiración y respeto que debo.

Cordialmente,



HECTOR EDUARDO BARRIOS HERNANDEZ
C.C. No. 19.365.895 de Bogotá
T.P. No. 35.669 del C.S. de la J.



Id Documento: 11001031500020220259800005025010004