

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DE DEFECTO FÁCTICO - Falta de práctica de pruebas determinantes para el proceso / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL DE SOLDADO CONSCRIPTO – Indebida incorporación al Ejército Nacional

Se encuentra que pese a que el Juzgado decretó las pruebas antes reseñadas y en tres oportunidades requirió al Batallón de Alta Montaña N° 9 en Algeciras – Huila, a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y al Director de Personal del Ejército Nacional, las entidades no aportaron los documentos solicitados. En ese orden de ideas, esta Sala de Subsección encuentra con extrañeza que el Juzgado, al resolver tener por desistidos los medios de pruebas documentales, afirmó que dicha decisión se dio como consecuencia del incumplimiento de la carga procesal de la parte demandante. Se observa que el Juzgado desconoció que en la audiencia de pruebas celebrada el 22 de mayo de 2017, estipuló que pese a que el apoderado del demandante dio trámite al oficio que ordenó solicitar documentos, las entidades requeridas no dieron respuestas y en las demás oportunidades procesales tampoco las aportaron. Por todo lo expuesto, encuentra esta Sala de Subsección que el Juzgado no utilizó sus poderes oficiosos para llevar a feliz término la audiencia de pruebas, pues si bien, decretó de oficio las pruebas que consideró pertinentes útiles y conducentes, al final culpó a la parte demandante de no allegar los documentos requeridos sin hacer referencia a la entidad demandada que, pese a los reiterados requerimientos, no los aportó sin siquiera argumentar los motivos que le impidieron hacerlo. Como consecuencia de lo anterior, se observa que tanto el Juzgado 31 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá como el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirieron sentencia sin tener los elementos probatorios que les dieran claridad del estado de salud de [J.S.M] antes de ingresar al Ejército como soldado conscripto y si su estadía y las funciones que cumplió como soldado, empeoraron sus condiciones médicas. **NOTA DE RELATORÍA:** Con salvamento de voto del consejero William Hernández Gómez, no disponible en medio magnético.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991 – ARTÍCULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C. veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-00649-01(AC)

Actor: JOSSI SEBASTIÁN MEDINA Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Subsección decide la impugnación presentada por la parte accionante, por conducto de apoderado judicial¹, en contra de la sentencia del 15 de marzo de 2021 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado que negó el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

La solicitud de protección a los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia tiene sustento en los siguientes:

1. HECHOS

El señor Jossi Sebastián Medina fue incorporado al Ejército Nacional como soldado conscripto. Al momento de hacerse parte del Ejército Nacional, presentaba una hernia diafragmática congénita, que le impedía hacer esfuerzo físico, adicional a ello, tenía problemas de habla y aprendizaje.

Dicha situación fue puesta en conocimiento de las personas encargadas de realizar el reclutamiento y a finales de junio de 2013, la señora Olga Beatriz Díaz, madre del señor Jossi Medina, acudió a las instalaciones del Batallón de Alta Montaña #9 en Alérgicas – Huila, con el fin de hacer entrega de la historia clínica de su hijo, que daba cuenta de la enfermedad que padecía.

Para el mes de agosto de 2013, el señor Jossi Medina se remitió al establecimiento de Sanidad Militar 5176, donde se determina que no puede hacer esfuerzo físico. No obstante, no se tomaron las medidas pertinentes.

Posteriormente, para enero de 2014, asiste nuevamente al Establecimiento de Sanidad Militar 5176, donde se lo ordenan nuevos

¹ Héctor Eduardo Barrios Hernández

exámenes médicos, pero continúa desarrollando las actividades propias del servicio militar obligatorio.

El 28 de abril de 2014, el señor Jossi Medina ingresa nuevamente al establecimiento de Sanidad Militar del Batallón y es diagnosticado con una elevación del hemidifragma derecho, con disnea de grandes esfuerzos, por lo que se le otorga cita por cxs general y orden clara de no hacer esfuerzo físico hasta no ser valorado por un especialista.

Finalmente, el señor Jossi Medina es intervenido quirúrgicamente y se le realizó una plicatura diafragmática, posteriormente fue diagnosticado por parte de la Juna Médica Laboral, con una pérdida de capacidad laboral del 11%.

Por lo anterior, el señor Jossi Medina y otros², interpusieron medio de control de reparación directa en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, que por reparto correspondió al Juzgado 31 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

El 13 de noviembre de 2019, el despacho judicial referido profirió sentencia de primera instancia, a través de la cual negó las pretensiones de la demanda.

Contra la decisión anterior, la parte demandante presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia de 27 de agosto de 2020, en el sentido de confirmar el fallo recurrido.

2. PRETENSIONES

Solicitó la parte accionante lo siguiente:

«**PRIMERO:** Sean Tutelados a favor de **JOSSI SEBASTIÁN MEDINA DÍAZ** (lesionado), **OLGA BEATRIZ DÍAZ** (madre), **BERTULFO MEDINA TRUJILLO** (padre) y sus hermanos

² Olga Beatriz Díaz, Bertulfo Medina Trujillo, Neider Andrés Medina Díaz, Dayvis Medina Díaz y Joanh Fernelly Medina Díaz.

NEIDER ANDRÉS MEDINA DIAZ, DAYVIS MEDINA DIAZ, JOANH FERNELLY MEDINA DIAZ, los derechos fundamentales de la igualdad, Debido Proceso y el Acceso a la Administración de Justicia.

SEGUNDO: Dejar sin efecto la Decisión proferida el 27 de agosto de 2020, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A, Magistrado Ponente Juan Carlos Garzón Martínez, dentro del proceso 11001333603120150050501, promovido por **JOSSI SEBASTIÁN MEDINA DIAZ, OLGA BEATRIZ DIAZ, BERTULFO MEDINA TRUJILLO, NEIDER ANDRÉS MEDINA DIAZ, DAYVIS MEDINA DIAZ, JOANH FERNELLY MEDINA DIAZ,** por la cual **CONFIRMÓ** la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 31 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el día 13 de noviembre de 2019, en la que negó las pretensiones de la demanda».

3. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La parte accionante considera que con la sentencia de 27 de agosto de 2020, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en defecto fáctico y desconocimiento del precedente jurisprudencial por los siguientes motivos:

- **Defecto Fáctico:** La Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca: (i) desestimó la gravedad de la enfermedad que padecía el conscripto al momento de ser vinculado al ejército, (ii) desconoció la posición negligente del Ejército Nacional, al integrarlo como soldado pese a su condición médica y al no seguir las recomendaciones de los médicos en cuanto a los esfuerzos físicos, (iii) no tuvo en cuenta que la condición física de Jossi Medina empeoró con la prestación del servicio militar obligatorio, al punto de requerir una cirugía debido a sus constantes desmayos, dificultad para respirar y sus constantes dolores y (iv) No valoró en debida forma el acta de la junta médica laboral, a través de la cual se demostró la existencia de un menoscabo en la salud del señor Jossi Medina, que padeció mientras cumplía órdenes como soldado conscripto.

- **Desconocimiento del precedente jurisprudencial:** Se desconoció el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en materia de soldados conscriptos.
- Asimismo, sostuvo que el estudio del caso concreto debió realizarse bajo los fundamentos del régimen objetivo.

4. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 18 de febrero de 2021, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado admitió la acción de la referencia y ordenó notificar a la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como accionado y a la Nación, Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, como terceros interesados, para que, dentro del término de los dos (2) días siguientes al recibo de la notificación, se pronunciaran sobre los hechos que originaron la solicitud de tutela.

5. INTERVENCIONES

5.1. La **Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, por conducto del magistrado ponente de la decisión objeto de reproche, señaló que la presente acción de tutela se torna improcedente por cuanto: (i) no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable, (ii) carencia de relevancia constitucional y (iii) la parte accionante pretende que el juez de tutela constituya una tercera instancia.

Adicional a lo anterior, manifestó que en las pretensiones de la reparación directa se solicitó que se declarara la responsabilidad de la entidad demandada por la indebida incorporación del demandante y en sustentación del recurso de apelación, se propuso la responsabilidad de la entidad demandada por el daño causado durante la prestación del servicio militar obligatorio.

En la decisión cuestionada, se determinó que no existía prueba que permitiera determinar que la entidad demandada fue informada al momento de la incorporación de la hernia diafragmática congénita y de la dificultad en el lenguaje del señor Jossi Medina.

Concluyó, que pese a no haberse informado tal condición, el Ejército adelantó examen médico, odontológico y psicológico al demandante y lo determinó apto para la prestación del servicio militar obligatorio y la lesión no estaba contemplada como una lesión o afectación que ocasione una causal de no aptitud para el ingreso.

Finalmente, sostuvo que no se demostró que la patología diagnosticada se haya agravado por la prestación del servicio militar obligatorio.

6. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sentencia de 15 de marzo de 2021, negó el amparo solicitado.

Al respecto, consideró que la entidad judicial accionada fundamentó su decisión en los documentos que determinaron que el daño alegado por los demandantes se generó por circunstancias ajenas a la prestación del servicio militar y no por la acción u omisión del Ejército, razón por la cual no encontró probada la existencia de un defecto fáctico o desconocimiento del precedente.

7. IMPUGNACIÓN

La parte accionante impugnó la decisión de primera instancia, en el sentido de reiterar los argumentos expuestos en el escrito de tutela relacionados con la vulneración de sus derechos fundamentales.

Manifestó que el daño que se alegó en el proceso de reparación directa tiene relación con el hecho de que la enfermedad que padecía Jossi Medina al momento de ingresar como soldado conscripto al Ejército Nacional se agudizó con ocasión de la actividad militar, al punto de tener que ser intervenido quirúrgicamente, quedando con una disminución del 11% de capacidad laboral.

Asimismo, sostuvo que la enfermedad del señor Jossi Medina lo hacía no apto para prestar el servicio militar; no obstante, se hizo caso omiso por parte de la entidad demanda al momento de reclutarlo.

Finalmente, resaltó que en el dictamen de la junta medico laboral se señaló que el paciente tenía antecedentes de hernia diafragmática congénita derecha, es decir se reconoció que Jossi Medina fue incorporado al Ejército con dicha enfermedad, razón por la cual la responsabilidad el Ejército con los riesgos que pudieran concretarse se debía determinar desde el momento de su ingreso hasta la determinación de una afectación a la disminución de la capacidad laboral.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Corresponde a esta Sala de Subsección conocer la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 080 de 2019³, en cuanto estipula que «las tutelas que sean de competencia del Consejo de Estado en primera instancia y en segunda instancia se someterán a reparto por igual entre todos los magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo y serán resueltas por la sección o subsección de la cual haga parte el magistrado a quien le haya correspondido el reparto».

2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo expuesto, entiende la Sala de Subsección que el problema jurídico se circunscribe a responder si:

³ Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado.

- ¿La presente acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedibilidad?

De resultar afirmativo el anterior interrogante, se resolverá si:

- ¿La Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con la expedición de la sentencia de 27 de agosto de 2020, que confirmó la sentencia de primera instancia en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, incurrió en un defecto fáctico y en desconocimiento del precedente jurisprudencial y, por consiguiente, en la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la parte accionante?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes se procederá a analizar: i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial, ii) defecto fáctico y desconocimiento del precedente y iii) el caso concreto.

3. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

3.1. LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

En términos generales y de acuerdo con la doctrina constitucional vigente⁴ aceptada mayoritariamente por la Sala Plena de esta Corporación⁵, es posible acudir al recurso de amparo para obtener la protección material de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por decisiones judiciales. Ello, atendiendo a que el ejercicio de la judicatura como cualquier rama del poder en el Estado democrático, supone la absoluta sujeción a los valores, principios y derechos que la propia Constitución establece, y en esa perspectiva, cualquier autoridad investida de la potestad de administrar justicia, sin importar su linaje, es susceptible de ser controlada a través de ese mecanismo constitucional cuando desborda los límites que la Carta le impone.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-590-05.

⁵ Sentencia de treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ) Actor: Nery Germania Álvarez Bello. C.P. María Elizabeth García González.

Ahora bien, al ser la tutela una acción de carácter excepcional y residual, supone el cumplimiento de ciertas exigencias por parte de quien pretende la protección de sus derechos, en tanto que el ejercicio natural de la jurisdicción se inscribe dentro de procedimientos destinados a la eficacia de los mismos y en esa medida las controversias que allí surjan, son subsanables en el contexto del proceso. De ahí que la Corte Constitucional estructurara después de años de elaboración jurisprudencial, los requisitos generales y especiales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, que tienen como sano propósito garantizar el delicado equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, la autonomía e independencia de los jueces para interpretar la ley y la necesidad de asegurar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales fundamentales.

Los presupuestos generales responden al carácter subsidiario de la tutela y por lo mismo deben cumplirse en cualquier evento para su interposición, como son:

- i. Que el asunto que esté sometido a estudio sea de evidente relevancia constitucional. Sobre este punto, corresponde al juez de tutela, señalar de forma clara y precisa las razones por las cuales el asunto a resolver tiene tal entidad que afecta derechos fundamentales de alguna de las partes.
- ii. Que en el proceso se hayan agotado todos los medios de defensa, tanto ordinarios como extraordinarios que se encuentren al alcance de quien demande el amparo, salvo, claro está, que se busque evitar un perjuicio irremediable.
- iii. Que la presentación de la acción cumpla con el requisito de inmediatez. Esto significa que el término de interposición de la tutela sea "razonable y proporcionado" entre el momento en que se presentó la presunta vulneración y el tiempo de presentación de la acción de tutela. Lo anterior, con el fin de velar por los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

- iv. Que la irregularidad procesal devenga en sustancial: cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.
- v. Identificación de la situación fáctica que devino en la vulneración de derechos: que quien acciona 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.
- vi. Que no se trate sentencias de tutela.

En ese orden, la doctrina constitucional ha señalado las causales especiales, indicando que la acción constitucional resulta procedente únicamente en aquellos eventos en los cuales, con ocasión de la actividad jurisdiccional, se vean afectados derechos fundamentales, al verificar la ocurrencia de uno de los siguientes eventos: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental, (ii) defecto fáctico, (iii) error inducido, (iv) decisión sin motivación, (v) violación directa de la Constitución y (vi) desconocimiento del precedente.

3.2. En el presente caso, la pretensión de amparo constitucional cumple con los requisitos generales diseñados por la jurisprudencia, que habilitan su interposición.

3.2.1. En efecto, esta Sala considera que los hechos que generaron la vulneración como los derechos quebrantados se encuentran plenamente individualizados.

3.2.2. Así mismo, se observa que las providencias objeto de tutela carecen de recursos ordinarios y extraordinarios para obtener el amparo constitucional.

3.2.3. Se advierte, igualmente, que la interposición del mecanismo constitucional se dio en un lapso «razonable y proporcionado», contado desde la fecha de expedición de decisión cuestionada (27 de agosto de 2020) hasta la radicación de la acción de tutela (17 de febrero de 2021).

3.2.4. Finalmente, el asunto a resolver es de marcada relevancia constitucional, en la medida que se centra en establecer una posible vulneración *iusfundamental* como consecuencia del defecto fáctico y desconocimiento del precedente jurisprudencial en que presuntamente incurrió la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3.3. DEL DEFECTO FÁCTICO

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el defecto fáctico se configura cuando el juez carece de apoyo probatorio que le permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Sobre el particular la Corte Constitucional⁶ ha identificado dos dimensiones en las que puede presentarse:

- a.** Una **dimensión negativa**⁷, que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

⁶ Véase: Sentencias SU-632 de 2017, SU-195 de 2012, T-143 de 2011, T-456 de 2010, T-567 de 1998, T-456 de 2010, T-311 de 2009, entre otras.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 1993. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

b. Una **dimensión positiva**⁸, que se presenta generalmente cuando el juzgador aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar.

Ahora bien, en virtud del principio de autonomía judicial, la intervención del juez de tutela en relación con el manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido, toda vez que:

«[...] las diferencias de valoración en la apreciación de las pruebas no constituyen defecto fáctico pues, si ante un evento determinado se presentan al juez dos interpretaciones de los hechos, diversas pero razonables, le corresponde determinar al funcionario, en el ámbito su especialidad, cuál resulta más convincente después de un análisis individual y conjunto de los elementos probatorios»⁹.

En ese sentido, no es procedente la acción constitucional, cuando se encamina a obtener una nueva valoración de la actividad evaluativa realizada por el juez que ordinariamente conoce de un asunto.

3.4. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE

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 forma¹⁰.

En ese sentido, el precedente judicial¹¹ es la figura jurídica que sirve como dispositivo de preservación de la confianza de la ciudadanía en el ordenamiento, pues no solo hace previsibles las consecuencias jurídicas

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-538 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-222 de 2016. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

¹⁰ Ver entre otras las sentencias C-836 de 2001, T-1130 de 2003, T-698 de 2004, T-731 de 2006, T-571 de 2007, T-808 de 2007, T-766 de 2008 y T-014 de 2009.

¹¹ En la sentencia SU-053 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado., la Corte Constitucional precisó que precedente judicial se concibe 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".

de sus actos sino también materializa la igualdad en la aplicación del derecho¹².

En ese orden sentido, la Corte Constitucional ha diferenciado lo que constituye un antecedente jurisprudencial y el precedente en estricto sentido¹³. Por una parte, ha aclarado que antecedente es una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio y por tanto, tiene un carácter orientador, lo que no significa que (a) no deba ser tenido en cuenta por el juez al momento de fallar y (b) que lo exima del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad¹⁴.

Por otra parte, ha precisado que puede predicarse la existencia de un precedente, cuando «(i) los hechos relevantes que definen el asunto pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan un caso del pasado; (ii) la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado constituye la pretensión del caso presente; y (iii) la regla jurisprudencial no ha sido cambiada en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación»¹⁵.

No obstante lo anterior, el sometimiento al precedente no puede convertirse en una camisa de fuerza para el juzgador, por lo que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las autoridades judiciales pueden apartarse válidamente de precedentes previos, bien sean estos verticales u horizontales¹⁶, siempre y cuando cumplan con (i) la **carga de transparencia**, de hacer referencia al precedente del que se va a apartar, y (ii) la **carga de argumentación** que les impone el deber de señalar una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, en la que manifiesten las razones por las cuales se apartan de la regla jurisprudencial; elementos con los que, en palabras de la misma Corte,

¹² MARINON, Luiz Guilherme. El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Ius et Praxis*, 2012, vol. 18, no 1, p. 249-266.

¹³ Sentencia T-109 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁴ Sentencias T-830 de 2012 y T-714 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁵ Sentencia T-794 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶ Se entiende por precedente vertical aquellas decisiones previas promulgadas por un superior jerárquico y que resultan pertinentes para resolver el caso concreto, y por el horizontal aquellas decisiones fijadas por una autoridad judicial de la misma jerarquía y que resultan relevantes para resolver un caso concreto. Al respecto ver la Sentencias T- 589 de 2007.

se protege el carácter dinámico del derecho y los principios de autonomía e independencia que caracterizan la labor judicial¹⁷.

4. CASO CONCRETO

En el presente asunto, el señor Jossi Sebastián Medina y otros¹⁸, reprochan la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual, confirmó lo resuelto por el *a quo* en el sentido de negar pretensiones de la demanda de reparación directa.

En sentir de la parte accionante, con la providencia acusada, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en defecto fáctico y desconocimiento del precedente jurisprudencial.

Al respecto, manifestó que la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció la posición negligente del Ejército Nacional, al integrar al señor Jossi Medina como soldado pese a su condición médica.

Asimismo, sostuvo que la autoridad judicial accionada no tuvo en cuenta que la condición física de Jossi Medina empeoró con la prestación del servicio militar obligatorio, al punto de ser diagnosticado con una pérdida de capacidad laboral del 11%.

Finalmente, indicó que el Tribunal desconoció el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en materia de responsabilidad del Estado y su posición de garante cuando se trata de soldados conscriptos.

Al efecto, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de 15 de marzo de 2021, negó la acción de tutela de

¹⁷ Sentencia T-109 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁸ Olga Beatriz Díaz, Bertulfo Medina Trujillo, Neider Andrés Medina Díaz, Dayvis Medina Díaz y Joanh Fernelly Medina Díaz.

la referencia, al considerar que no existió por parte de la autoridad judicial accionada una indebida valoración probatoria, ya que, en el ejercicio de su sana crítica, logró establecer que el daño alegado por los demandantes no se generó por la acción u omisión del Ejército, sino por circunstancias ajenas a la prestación del servicio militar.

Por lo anterior, esta Sala de Subsección procederá a analizar si, como lo señala el accionante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un defecto fáctico y/o en un desconocimiento del precedente jurisprudencial.

El señor Jossi Sebastián Medina y otros instauraron medio de control de reparación directa, con el fin de obtener el reconocimiento de los perjuicios causados, como consecuencia de su pérdida de capacidad laboral, que se vio disminuida mientras se encontraba prestando los servicios como soldado y por su indebida incorporación al Ejército Nacional.

El Juzgado 31 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en sentencia de 13 de noviembre de 2016, negó las pretensiones de la demanda al concluir que no podía atribuirse el daño a la entidad demandada por cuanto no se allegó el acta de la Junta Médico Laboral. Esta decisión fue apelada por la entidad demandada.

Por su parte, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia de 27 de agosto de 2020, confirmó lo resuelto por *a quo*. En ese contexto, consideró lo siguiente:

«De conformidad con las pretensiones de la demanda, **el daño antijurídico endilgado a la Entidad demandada, es la indebida incorporación del demandante al Ejército Nacional para la prestación del servicio militar obligatorio**, que contrario a lo argumentado por el juez de primera instancia, a criterio de esta Corporación no está demostrado, de conformidad con lo siguiente:

(i) **No existe prueba de tal circunstancia en el plenario, es decir, se desconoce si tales diagnósticos fueron informados a la entidad castrense al momento de la incorporación.**

(ii) No obstante que no se haya informado tal circunstancia (o al menos no aparece demostrado que se informó), la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional a través de documento del 22 de mayo de 2013, **declaró que el demandante era apto para la prestación del servicio militar obligatorio, luego de realizarle un examen médico, odontológico y psicológico al demandante** (fl. 234 c.2.). De conformidad con el artículo 3º del Decreto 94 de 19896, se considera apto aquél que presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

(iii) De igual forma, advierte la Sala que una vez verificado el artículo 47 del Decreto 94 de 19897 sobre qué patologías son consideradas como causales de "no aptitud para el servicio", **es dable colegir que el diagnóstico de "hernia diafragmática congénita" no está contemplado como una lesión o afección que ocasione una causal de no aptitud para el ingreso** a la prestación del servicio militar obligatorio.

(iv) Por el contrario, en el caso concreto se encuentra demostrado que al momento del ingreso a prestar el servicio militar obligatorio, el señor JOSSI SEBASTIAN MEDINA DÍAZ fue declarado apto, pero cuando se realizó su examen de retiro, se evidenció que presentaba "HERNIA DIAFRAGMÁTICA CONGENITA DERECHA" y "HEMATURIA" por lo que ya era considerado como no apto. **Lo que demuestra que la enfermedad sobrevino o se manifestó durante la prestación del servicio pero no acredita que tales diagnósticos sean por causa o razón del servicio militar, o en desarrollo de las actividades propias del mismo.**

(v) Aunado a lo anterior, el Acta de la Junta Médica Laboral No. 116361 del 20 de febrero de 2020 de la Dirección de Sanidad del Ejército, determinó que la "hernia diafragmática" y la "hematuria" **eran de origen común**, es decir, contrario a lo expuesto por el recurrente, **estas enfermedades no surgieron por el hecho de la prestación del servicio militar obligatorio.**

(...)

No obstante que se plantee tal contradicción, **en el plenario tampoco aparece demostrado que la patología diagnosticada previa incorporación, se haya visto agravada o incrementada por la prestación del servicio militar obligatorio**, circunstancia que le correspondía demostrar al demandante.

(viii) Así las cosas, considera esta Sala de decisión que, **no se encuentran acreditados los supuestos que configuran el elemento daño antijurídico**; por lo que al no encontrarse demostrado el mismo, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda pero por las razones expuestas en esta providencia.

En suma de lo anterior y como quiera que no se cumplen los requisitos para configurarse el nexo causal, esto es, la ausencia de daño antijurídico, la pretensión principal de la demanda no prosperará en esta instancia».

En este punto, se resalta que en el desarrollo del caso concreto no se analizará únicamente el fallo de segunda instancia sino que esta Sala de Subsección considera necesario que también se debe hacer un pronunciamiento sobre el trámite de primera instancia, específicamente en lo que tiene que ver con las pruebas que se decretaron en la audiencia inicial y el cumplimiento de las partes frente a su deber de aportarlas.

Así las cosas, se tiene que en la audiencia inicial celebrada el 5 de diciembre de 2017, el Juzgado 31 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, decretó de oficio las siguientes pruebas:

- Solicitó librar oficio al Batallón de Alta Montaña N° 9 en Algeciras – Huila y enviar copia autentica y legible de los siguientes documentos:
 1. Copia de las actas de incorporación del soldado Jossi Sebastián Medina Díaz, donde conste los exámenes practicados para el ingreso al Ejército Nacional como soldado regular.
 2. Acta de evacuación del soldado Jossi Sebastián Medina.
 3. Orden del día (en la parte pertinente) que lo dio de alta como soldado del Ejército.
 4. Orden del día (en la parte pertinente) que lo destino a prestar sus servicios en ese batallón o unidad militar.
 5. Historia Clínica perteneciente al soldado JOSSE SEBASTIÁN MEDINA DÍAZ que reposa en esa Unidad Militar.

Asimismo ordenó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional Fuerzas Militares De Colombia:

1. OFICIAR al señor Director de Sanidad del Ejército Nacional – Fuerzas Militares de Colombia, se ordene la práctica de la evaluación médico laboral al señor Jossi Sebastián Medina Díaz.
2. Oficie para que informe si la hernia diafragmática del señor Josse Sebastián Medina Díaz, vario su disminución a la capacidad laboral entre el día que lo admitieron como soldado regular adscrito al Batallón de Alta Montaña N° 9 en Algeniciras – Huila hasta el día que le dio de alta.

También ordenó a la Empresa Social del Estado del Oriente “Adriano Perdomo Trujillo” en Neiva lo siguiente:

- Oficiar a la Empresa Social Del Estado Del Oriente “Adriano Perdomo Trujillo” En Neiva – Huila, envíe copia de la Historia Clínica perteneciente al señor Josse Sebastián Medina Díaz.

Asimismo, requirió al Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo Ese En Neiva- Huila lo siguiente:

- Oficiar Al Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo Ese En Neiva – Huila, envíe la historia clínica perteneciente al señor Josse Sebastián Medina Díaz.

Por otro lado, solicitó al Establecimiento de Sanidad Militar 5176 – Batallón Asp N° 9 en Alceciras – Huila:

- Oficiar al Establecimiento De Sanidad Militar 5176- Batallón Aspc N°9 En Algecira – Huila, envíe la Historia Clínica perteneciente al señor Josse Sebastián Medina Díaz.

También ordenó al Ejército Nacional:

- Oficiar Al Director De Personal Del Ejército Nacional, Para Que Envíe Copia Autentica Del Expediente Administrativo del Soldado Josse Sebastián Medina Díaz.

Finalmente, ordenó a la Junta de Calificación de Invalidez:

- Oficiar al ministerio de trabajo y seguridad social – división medicina laboral y del trabajo y/o oficina de junta de calificación de invalidez, se practique evaluación médico laboral

al señor Josse Sebastián Medina Díaz, para determinar su grado de incapacidad.

Ahora bien, en audiencia de pruebas convocada para el 22 de mayo de 2017, se estableció que si bien el apoderado del demandante dio trámite al oficio que ordenó solicitar documentos al Batallón de Alta Montaña N° 9 en Algeciras – Huila, a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional Fuerzas Militares y a la Empresa Social del Estado el Oriente “Adriano Perdomo Trujillo”, las requeridas no dieron respuesta.

Por lo anterior, y en atención a que el apoderado del demandante solicitó suspender la audiencia para que sean allegadas las pruebas documentales faltantes así como el acta de junta médica laboral, el Juzgado resolvió fijar nueva fecha para 4 de septiembre de 2018, para continuar con la audiencia.

En la continuación de la audiencia de pruebas, se estipuló que pese a que se requirió por segunda vez para que allegaran los elementos probatorios decretados, al Batallón de Alta Montaña N° 9 en Algeciras – Huila, a la Dirección de Sanidad del Ejército y al Director del Personal del Ejército Nacional, las entidades no dieron respuesta.

Así las cosas, el Juzgado sostuvo que como el apoderado de la parte demandante solicitó el aplazamiento de la audiencia al no contar con la valoración de la Junta Medica laboral y teniendo en cuenta que no se allegaron los documentales probatorios decretados, resolvió aplazar por segunda vez la audiencia de pruebas.

En la continuación de la audiencia de pruebas celebrada el 26 de marzo de 2019, el Juzgado señaló que pese a que se requirió por tercera vez para que allegaran los elementos probatorios decretados, al Batallón de Alta Montaña N° 9 en Algeciras – Huila, a la Dirección de Sanidad del Ejército y al Director del Personal del Ejército Nacional, las entidades no dieron respuesta.

Así las cosas, el apoderado de la parte demandante solicitó por de nuevo el aplazamiento por no contar con el Dictamen de la Junta Médica Laboral, el Juzgado consideró necesario suspender audiencia y otorgó

una nueva oportunidad a la parte demandada de aportar las documentales faltantes.

Finalmente, en audiencia de pruebas celebrada el 1 de octubre de 2019, el Juzgado determinó que el Batallón de Alta Montaña N° 9 en Algeciras – Huila, allegó respuesta indicando que debían acercarse al Batallón para reclamar la documentación, por su parte la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y el Director De Personal Del Ejército Nacional, no allegaron respuesta.

Por lo anterior, el Juzgado resolvió:

«Ante el incumplimiento de la parte demandante para la práctica de las pruebas decretadas en audiencia del 5 de diciembre de 2017, es decir hace más de 21 meses, y como el proceso no puede permanecer inactivo, se dispone:

PRIMERO: TENER POR DESISTIDO el medio de prueba documental, ante el incumplimiento de la carga procesal de la parte demandante.

SEGUNDO: DECLARAR prelucida la etapa de medios de prueba de acuerdo con el artículo 212 del CPACA. TERCERO: continuar con el desarrollo de la audiencia».

Así las cosas, se encuentra que pese a que el Juzgado decretó las pruebas antes reseñadas y en tres oportunidades requirió al Batallón de Alta Montaña N° 9 en Algeciras – Huila, a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y al Director de Personal del Ejército Nacional, las entidades no aportaron los documentos solicitados.

En ese orden de ideas, esta Sala de Subsección encuentra con extrañeza que el Juzgado, al resolver tener por desistidos los medios de pruebas documentales, afirmó que dicha decisión se dio como consecuencia del incumplimiento de la carga procesal de la parte demandante.

De hecho, se observa que el Juzgado desconoció que en la audiencia de pruebas celebrada el 22 de mayo de 2017, estipuló que pese a que el apoderado del demandante dio trámite al oficio que ordenó solicitar documentos, las entidades requeridas no dieron respuestas y en las demás oportunidades procesales tampoco las aportaron.

Por todo lo expuesto, encuentra esta Sala de Subsección que el Juzgado no utilizó sus poderes oficiosos para llevar a feliz término la audiencia de pruebas, pues si bien, decretó de oficio las pruebas que consideró pertinentes útiles y conducentes, al final culpó a la parte demandante de no allegar los documentos requeridos sin hacer referencia a la entidad demandada que, pese a los reiterados requerimientos, no los aportó sin siquiera argumentar los motivos que le impidieron hacerlo.

Como consecuencia de lo anterior, se observa que tanto el Juzgado 31 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá como el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirieron sentencia sin tener los elementos probatorios que les dieran claridad del estado de salud de Jossi Sebastián Medina antes de ingresar al Ejército como soldado conscripto y si su estadía y las funciones que cumplió como soldado, empeoraron sus condiciones médicas.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

«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 verdad¹⁹.

La mejor muestra en nuestro país de la tendencia hacia el abandono del sistema dispositivo puro y de la incorporación de facultades inquisitivas del juez, que permiten calificar de mixto al proceso civil colombiano²⁰, llegó con el Código de Procedimiento Civil de 1970²¹, cuyo artículo 2º rezaba:

“Artículo 2. Iniciación e impulso de los procesos. Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.

²¹ Decreto 1400 de 1970.

Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya”.

De esta manera, 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.

Así las cosas, esta Sala de Subsección, se encuentra acreditada la configuración del defecto fáctico alegado por la parte accionante, por lo que se revocará la sentencia de primera instancia proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado que negó las pretensiones de la demanda.

En su lugar, se (i) amparará el derecho fundamental al debido proceso de la parte accionante, (ii) se dejará sin efectos la providencia de 27 de agosto de 2020 y (iii) se ordenará a la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para profiera una sentencia de remplazo, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- REVÓCASE la decisión de 15 de marzo de 2021, mediante la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, negó las pretensiones de la presente tutela. En su lugar:

SEGUNDO.- AMPÁRANSE el derecho fundamental al debido proceso e igualdad del señor Jossi Sebastián Medina y otros, conforme a lo señalado en la parte motiva de ésta providencia.

TERCERO.- DÉJASE SIN EFECTOS la sentencia de 27 de agosto de 2020 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conforme a los motivos expuestos en precedencia.

CUARTO.- ORDÉNASE a la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que en un término no mayor a (20) veinte días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, profiera una sentencia de replazo, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

SEXTO.- Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta Providencia, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

SÉPTIMO.- REGISTRAR la presente providencia en la plataforma SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Firmado electrónicamente
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Con salvamento de voto

Firmado electrónicamente
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080> , en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

