



ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO - Por correcta e integral valoración probatoria / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Por lesiones sufridas durante la prestación del servicio militar obligatorio / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA - Configuración

En el caso objeto de estudio, la parte actora señaló que el tribunal accionado, en la sentencia (...) declaró la culpa exclusiva de la víctima, con base en afirmaciones carentes de sustento probatorio, y no valoró en conjunto las pruebas recaudadas en el proceso (...) La Sala no comparte dicho argumento, puesto que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sí valoró el informe administrativo por lesiones (...) para concluir que la causa determinante del daño fue el actuar negligente del señor [C. O. G.] incumplir <<el deber de cuidado propio al manipular un arma cargada>>, (...) en el fallo (...) proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se determinó que la conducta imprudente de la víctima directa del daño fue la causa eficiente en la producción del mismo, lo cual rompió el nexo de causalidad y, por tanto, el daño no pudo ser imputable al demandado, decisión que no merece reproche alguno desde el punto de vista constitucional. De manera reiterada, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que si bien la Administración está obligada a garantizar la integridad sicofísica de los conscriptos, por cuanto aquellos se encuentran bajo una relación de especial sujeción con el Estado, lo cual lo hace responsable, en principio, de los daños que les sean irrogados durante el cumplimiento de dicha relación, cuando el resultado lesivo se hubiere producido **por culpa exclusiva de la víctima**, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, el daño no será imputable al Estado, debido al rompimiento del nexo causal. (...) Por último, cabe señalar que si bien se invocaron como desatendidos varios pronunciamientos en los que se estudiaron asuntos con supuestos fácticos y jurídicos similares al caso objeto de estudio y se accedió a las súplicas de la demanda, lo cierto es que esas decisiones se adoptaron porque no se halló probada alguna causal eximente y porque se acreditaron todos los elementos de la responsabilidad del Estado, a diferencia de lo que sucedió en el sub lite, razón por la cual la Sala descarta el defecto relativo al desconocimiento del precedente. Bajo ese contexto, la Sala concluye que no se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad (...), toda vez que no se acreditó que las autoridades judiciales accionadas hubieran incurrido en los defectos alegados.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS A CONSCRIPTOS - Títulos de imputación

En relación con los títulos de imputación aplicables cuando se estudia la responsabilidad del Estado por daños causados a conscriptos, la jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que los mismos pueden ser i) de naturaleza objetiva –

tales como el daño especial o el riesgo excepcional-, lo cual, valga decir, no supone automáticamente la prosperidad de las pretensiones, habida cuenta de que es posible que en estos eventos se configuren situaciones como la fuerza mayor, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, con la virtualidad de exonerar de responsabilidad a la entidad pública, y *ii*) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso esta se encuentre acreditada. Es decir, en un caso particular, bien puede el juez abordar el estudio de la responsabilidad, bajo los títulos de imputación de falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional, si así lo considera, luego de analizar los hechos, las pretensiones y las pruebas arrimadas, sin que ello implique acceder automáticamente a las pretensiones de la demanda, dado que puede ocurrir, por ejemplo, que se configure una causal eximente que libere al Estado de responder por el daño que le ha sido atribuido. Lo anterior guarda relación con lo sostenido en el fallo de unificación del 19 de abril de 2012, en el que la Sala Plena de la Sección Tercera, expediente 21.515, señaló que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual del Estado en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

DEFECTO FÁCTICO - Concepto y dimensiones

El defecto fáctico es aquel vicio relacionado con la práctica o valoración de las pruebas, que tiene una incidencia directa en la decisión. En efecto, la Corte Constitucional ha dicho que el defecto fáctico es un error relacionado con asuntos probatorios y, además, reconoce que tiene dos dimensiones: una dimensión negativa y una positiva. La dimensión negativa se produce por omisiones del juez, como, por ejemplo, (i) por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso; (ii) por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; o (iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo. La dimensión positiva, por su parte, tiene lugar por actuaciones positivas del juez en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión; o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL - Identificación / DECISUM, RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTUM - Noción

Siguiendo de cerca la jurisprudencia constitucional y su construcción de la teoría de los precedentes, se tiene que para identificarlos, es preciso realizar un análisis técnico de la jurisprudencia, en virtud del cual resulta imperativo distinguir entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. El *decisum* es la parte resolutive de la sentencia, aquello que se dictamina en el caso concreto y que, dependiendo del tipo de pretensión invocada ante el juez administrativo, tendrá fuerza erga omnes o efecto inter partes. Por su parte, la *ratio decidendi* “corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico” o, en su definición original, a la “formulación del principio, regla o razón general de la sentencia que constituye la base de la decisión judicial”. Finalmente, el *obiter dictum* será “lo que se dice de paso” en la providencia, esto es, “aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión”.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Reglas

En definitiva, para examinar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, por desconocimiento del precedente judicial, se deben observar las siguientes reglas: El demandante debe identificar el precedente judicial que se habría desconocido y exponer las razones por las que estima que se desconoció. El juez de tutela debe confirmar la existencia del precedente judicial que se habría dejado de aplicar. Esto es, debe identificar si de verdad existe un caso análogo ya decidido. Identificado el precedente judicial, el juez de tutela debe comprobar si se dejó de aplicar. Si, en efecto, el juez natural dejó de aplicarlo, se debe verificar si existen diferencias entre el precedente y el conflicto que decidió, o si el juez expuso las razones para apartarse del precedente judicial. Si existen diferencias no habrá desconocimiento del precedente judicial. Aunque los casos sean similares, tampoco habrá desconocimiento del precedente si el juez identifica el criterio jurisprudencial supuestamente ignorado y expone las razones para apartarse (principios de transparencia y razón suficiente). El precedente judicial vinculante es aquel que se encuentra ligado a la razón central de la decisión (ratio decidendi). La razón central de la decisión surge de la valoración que el juez hace de las normas frente a los hechos y el material probatorio en cada caso concreto. Si no se acató el precedente judicial la tutela será procedente para la protección del derecho a la igualdad, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la garantía de la confianza legítima.

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-00731-00(AC)

Actor: CARLOS ANDRÉS ORTIZ GUTIÉRREZ Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Y OTRO

Decide la Sala la acción de tutela instaurada por los señores Carlos Andrés Ortiz Gutiérrez, Blanca Alicia Gutiérrez García, José Huber Ortiz Rojas, Misael, Jackeline y Blanca Flor Ortiz Gutiérrez contra el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, y el Juzgado 32 Administrativo Oral de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

El 28 de febrero de la presente anualidad (fl. 1), los señores Carlos Andrés Ortiz Gutiérrez, Blanca Alicia Gutiérrez García, José Huber Ortiz Rojas, Misael, Jackeline y Blanca Flor Ortiz Gutiérrez, por conducto de apoderado judicial (fls. 46, 48 y 49), interpusieron acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, y el Juzgado 32 Administrativo de Bogotá por considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. Formularon las siguientes pretensiones (fl. 43):

Primera: conceder el amparo a los derechos fundamentales del debido proceso e igualdad a favor de Carlos Andrés Ortiz Gutiérrez, Blanca Alicia Gutiérrez García, Misael Ortiz Gutiérrez, José Huber Ortiz Rojas, Blanca Flor Ortiz Gutiérrez y Jacqueline Ortiz Gutiérrez.

Segunda: revocar las sentencias proferidas en primera y segunda instancia por el Juzgado Treinta y Dos (32) Administrativo de Bogotá proferida en diciembre 07 de 2018 y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, notificada en noviembre 28 de 2019, mediante las cuales se negaron las suplicas de la demanda con argumentos subjetivos, negando el amparo de los derechos fundamentales a la vida, la salud, el debido proceso e igualdad, dentro de la acción de reparación directa Radicado No. 11001-33-36-032-2016-00346-00 y 11001-33-36-032-2016-00346-01.

Tercera: dejar sin efecto las sentencias proferidas en primera y segunda instancia por el Juzgado Treinta y Dos (32) Administrativo de Bogotá proferida en diciembre 07 de 2018 y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, notificada en noviembre 28 de 2019, en el proceso de reparación directa, interpuesto por los ciudadanos Carlos Andrés Ortiz Gutiérrez, Blanca Alicia Gutiérrez García, Misael Ortiz Gutiérrez, José Huber Ortiz Rojas, Blanca Flor Ortiz Gutiérrez y Jackeline Ortiz Gutiérrez contra la Nación -Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Radicados No. 11001-33-36-032-2016-00346-00 y 11001-33-36-032-2016-00346-01.

Cuarta: ordenar al Juzgado Treinta y Dos (32) Administrativo de Bogotá, que emita una nueva sentencia dentro del proceso de acción de reparación directa, interpuesto por los ciudadanos Carlos Andrés Ortiz Gutiérrez, Blanca Alicia Gutiérrez García, Misael Ortiz Gutiérrez, José Huber Ortiz Rojas, Blanca Flor Ortiz Gutiérrez Y Jackeline Ortiz Gutiérrez contra la Nación —Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, radicado 11001-33-36-032-2016-00346-00, teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos de transparencia, suficiencia, interpretación favorable, deber objetivo de devolver a los soldados

conscriptos sanos salvos a sus hogares, inversión de la carga probatoria y las reglas establecidas por el H. Consejo de Estado en la resolución de procesos en casos idénticos.

1.2. Hechos

Los supuestos fácticos de la solicitud de amparo se resumen así:

Los ahora demandantes formularon demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el fin de que se les indemnizaran los perjuicios materiales y morales causados por la lesión que sufrió el señor Carlos Andrés Ortiz Gutiérrez durante la prestación del servicio militar obligatorio, la cual le generó una disminución de la capacidad laboral del 19%.

Mediante sentencia de primera instancia, el Juzgado 32 Administrativo de Bogotá consideró que en el caso concreto se había configurado el hecho exclusivo de la víctima dado que, conforme al informe administrativo por lesiones y a la historia clínica, el disparo que le ocasionó la lesión al señor Carlos Andrés Ortiz <<se produjo luego de que el acá demandante agarró el arma, sin que haya sido probado en este proceso que en el acto del disparo intervino alguna fuerza externa y adicional a la de la propia víctima>>.

A través de sentencia del 17 de octubre de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, confirmó el fallo de primera instancia.

1.3. Argumentos de la tutela

A juicio de la parte actora, las autoridades judiciales accionadas incurrieron en los siguientes de defectos:

i) **Defecto sustantivo:** toda vez que se desconoció el precedente vertical y horizontal, según el cual el Estado es responsable de devolver a los prestadores del servicio militar obligatorio en las mismas condiciones de salud física y mental que presentaban al momento de su incorporación, análisis que debe realizarse a la luz del régimen objetivo.

Además, el Consejo de Estado ha indicado que *<<es el Estado quien debe demostrar que el daño no le es imputable por cualquier causa de alguno de los eximentes de responsabilidad a) fuerza mayor, b) hecho exclusivo de un tercero o c) culpa exclusiva de la víctima>>*.

ii) **Defecto fáctico:** dado que realizaron juicios subjetivos sin sustento probatorio y efectuaron una valoración indebida de las pruebas porque estas *<<fueron analizadas bajo la óptica de una postura puramente civil pero se obvia la visión y perspectiva de los hechos y las pruebas desde el punto militar>>*.

Agregó que los juzgadores no valoraron conjuntamente las pruebas obrantes en el expediente, pues no tuvieron en cuenta i) el informe de los hechos que suscribió el comandante de batallón de selva No. 48, en el cual informó que *<<[E]l soldado Ortiz cuando iba a recoger el fusil del SRL Talero Gamba Camilo Andrés de la misma escuadra (sic) de la ametralladora para prestar su turno de guardia halo el fusil y se disparó o se accionó, propinando un disparo en su brazo derecho, exactamente en su antebrazo (...)>>*, ni ii) el acta del Tribunal médico de Revisión Militar y de Policía, con los cuales se demostraba que el *<<daño se produjo por hechos y omisiones por parte del comandante del pelotón miembro activo del Ejército Nacional (sic) para ese momento como sargento segundo>>*, y que el fusil se accionó de forma accidental.

2. Trámite impartido e intervenciones

2.1. Mediante auto del 5 de marzo de la presente anualidad (fl. 54), se admitió la presente acción de tutela y se ordenó que aquel se notificara a las autoridades judiciales accionadas y a los terceros con interés, con el propósito de que rindieran informe. Asimismo, se ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y se le solicitó al Juzgado 32 Administrativo de Bogotá remitir, en calidad de préstamo, el expediente de reparación directa con radicado 2016-00346-01.

2.2. Las autoridades judiciales accionadas, los terceros con interés y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardaron silencio, a pesar de haber sido notificados del auto admisorio de la demanda de tutela (fl. 55 – 59).

I. CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

En principio, la Sala Plena de esta Corporación consideraba que la acción de tutela era improcedente contra las providencias judiciales; sin embargo, a partir del año 2012¹, aceptó su procedencia, conforme con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional, esto es, cuando la misma viole flagrantemente algún derecho fundamental.

Con todo, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones judiciales y, por tanto, no puede admitirse la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, sin mayores excepciones.

Para aceptar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, entonces, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales y específicos que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005.

Según la Corte, los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; (ii) que el accionante hubiera utilizado todos los

¹ Sentencia del 31 de julio de 2012, expediente No. 2009-01328-01(IJ), M.P. María Elizabeth García González.

mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); (iii) que la acción se hubiera interpuesto en un término prudencial (inmediatez); (iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional y (v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela.

En relación con este último requisito general, cabe anotar que la Corte Constitucional, en sentencia SU-627 de 2015, estableció que la acción de tutela contra decisiones proferidas en sede de tutela procede en dos eventos excepcionales.

El primero de ellos se presenta cuando la solicitud de amparo está dirigida contra actuaciones del proceso ocurridas antes de la sentencia, consistentes, por ejemplo, en la omisión del deber del juez de informar, notificar o vincular a terceros que podrían verse afectados con la decisión. El segundo, por su parte, acaece cuando con la acción de tutela se busca proteger un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato.

Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales anteriores, llamadas genéricas, el juez puede conceder la protección siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental absoluto, (iv) defecto orgánico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución. La Corte Constitucional describió tales causales, así:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.

Conviene decir, además, que al demandante le corresponde identificar y sustentar la causal específica de procedibilidad y exponer las razones que sustentan la violación de los derechos fundamentales. Para el efecto, no basta con manifestar inconformidad o desacuerdo con las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que es necesario que el interesado demuestre que la providencia cuestionada ha incurrido en alguna de las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De lo contrario, la tutela carecería de relevancia constitucional.

Justamente, las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones que son propias de los procesos judiciales ordinarios o expongan los argumentos que dejaron de proponer oportunamente.

Por último, cabe anotar que, en recientes pronunciamientos², la Corte Constitucional ha restringido aún más la posibilidad de cuestionar, por vía de tutela, las providencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. En ese sentido, la Corte señaló que, además del cumplimiento de los requisitos generales y la configuración de una de las causales específicas antes mencionados, la acción de tutela contra providencias proferidas por los denominados órganos de cierre, *“sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional”*.

² Ver, entre otras, las sentencias SU-917 de 2010 y SU-573 de 2017.

2. Problema Jurídico

En primer lugar, corresponde a la Sala determinar si la solicitud de amparo cumple los requisitos generales de la tutela contra providencia judicial. De ser así, deberá abordarse el estudio de fondo del asunto, con el fin de establecer si se configuraron o no los defectos invocados por la parte actora, en las providencias del 7 de diciembre de 2018 y 17 de octubre de 2019, proferidas, respectivamente, por el Juzgado 32 Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

3. Análisis de la Sala

Previo a resolver al problema jurídico, conviene aclarar que, si bien el demandante pretende que se deje sin efecto la sentencia proferida por el Juzgado 32 Administrativo de Bogotá, la Sala centrará su estudio en el fallo que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, por ser la providencia con la cual se culminó el trámite del proceso de reparación directa y mediante la cual se confirmó el fallo de primera instancia.

3.1. Requisitos generales de procedibilidad

3.1.1. De la relevancia constitucional: la cuestión que aquí se discute sí tiene relevancia constitucional, toda vez que la parte actora alegó que las autoridades judiciales accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, derechos tradicionalmente relevantes en la institución de la acción de tutela. Además, se observa que la parte actora cumplió con la carga argumentativa en relación con los defectos endilgados a la providencia objeto de tutela y que no se está utilizando el mecanismo de amparo constitucional como una instancia adicional al proceso ordinario.

3.1.2. De la inmediatez: la tutela cumple con el requisito de inmediatez, por cuanto la providencia atacada fue notificada el 27 de noviembre de 2019³, mientras que la

³ Según consta en la página web:

<https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/NumeroRadicacion#DetalleProceso>

demanda de tutela fue presentada el 28 de febrero de la presente anualidad (fl. 1), esto es, antes de seis meses, término que resulta razonable.

3.1.3. Del agotamiento de los mecanismos de defensa judicial: la Sala estima que este requisito también está acreditado, pues se agotaron todos los recursos procedentes en el proceso de reparación directa.

3.1.4. Finalmente, la providencia cuestionada no fue proferida en un proceso de tutela.

Cumplidos los requisitos generales de procedibilidad, corresponde a la Sala estudiar los requisitos especiales para la prosperidad de la tutela contra providencias judiciales.

3.2. Requisitos específicos de procedibilidad alegados por la parte actora

3.2.1. Del defecto fáctico

El defecto fáctico es aquel vicio relacionado con la práctica o valoración de las pruebas, que tiene una incidencia directa en la decisión. En efecto, la Corte Constitucional⁴ ha dicho que el defecto fáctico es un error relacionado con asuntos probatorios y, además, reconoce que tiene dos dimensiones: una dimensión negativa y una positiva.

La dimensión negativa se produce por omisiones del juez, como, por ejemplo, **(i)** por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso⁵; **(ii)** por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión⁶; o **(iii)** por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo⁷.

La dimensión positiva, por su parte, tiene lugar por actuaciones *positivas* del juez en la que se incurre ya sea **(iv)** por valorar y decidir con fundamento en pruebas

⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-159 de 2002.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-442 de 1994.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-417 de 2008.

ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión⁸; o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia⁹.

3.2.2. Del desconocimiento del precedente jurisprudencial

El Consejo de Estado o cualquier otra autoridad judicial idónea para generar precedentes¹⁰, al resolver un determinado asunto, establece el alcance de una norma o resuelve un problema jurídico específico y el juez, en un caso semejante que se presenta con posterioridad, afronta la situación desconociendo que en dicho pronunciamiento se definió, en principio de manera vinculante, el alcance de la disposición aplicable o se fijó una regla para resolver esa clase de problemas jurídicos. En estos casos, entonces, la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del derecho a la igualdad y resguardar la eficacia de otros principios básicos del orden constitucional.

Siguiendo de cerca la jurisprudencia constitucional y su construcción de la teoría de los precedentes¹¹, se tiene que para identificarlos, es preciso realizar un análisis técnico de la jurisprudencia, en virtud del cual resulta imperativo distinguir entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. El *decisum* es la parte resolutive de la sentencia, aquello que se dictamina en el caso concreto y que, dependiendo del tipo de pretensión invocada ante el juez administrativo, tendrá fuerza *erga omnes* o efecto *inter partes*¹². Por su parte, la *ratio decidendi* “corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico”¹³ o, en su definición original, a la “formulación del principio, regla o razón general de la sentencia que constituye la base de la decisión judicial”¹⁴. Finalmente, el *obiter dictum* será “lo que se dice de paso”¹⁵ en la providencia, esto es, “aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión”¹⁶.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-226 de 2013.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-534 de 2017.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006.

¹² En efecto, de acuerdo con el artículo 189 CPACA.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencias SU-047 de 1999 y SU- 1300 de 2001.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-1300 de 2001. Ver también, entre otras, la sentencia SU-047 de 1999.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006.

Teniendo en cuenta que el *decisum* de una sentencia puede tener efectos *erga omnes* o *inter partes*, según la naturaleza de la pretensión invocada ante el juez, se impone señalar que en aras de salvaguardar principios fundantes de nuestro ordenamiento constitucional como la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima, y de amparar derechos y garantías fundamentales como el debido proceso, la jurisprudencia constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones la fuerza vinculante de los precedentes judiciales que han resuelto situaciones análogas anteriores¹⁷. Lo anterior, en el sentido antes descrito, conforme al cual *“únicamente se forma precedente a partir de la ratio decidendi que resuelve un caso”*¹⁸.

De otra parte, y en lo que tiene que ver con la definición de si la regla invocada como *ratio* controlante del caso a fallar realmente resulta aplicable o no, se tiene que, conforme a las consideraciones de la Corte Constitucional vertidas en la sentencia T-292 de 2006, para determinar si un precedente es relevante o no *“se deben tener en cuenta factores como que: i) “En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente, ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante, iii) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”*.

En definitiva, para examinar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, por desconocimiento del precedente judicial, se deben observar las siguientes reglas¹⁹:

- a. El demandante debe identificar el precedente judicial que se habría desconocido y exponer las razones por las que estima que se desconoció²⁰.

¹⁷ Una completa reconstrucción de esta línea jurisprudencial puede verse en la sentencia C-634 de 2011 de la Corte Constitucional.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-960 de 2001.

¹⁹ Sobre el tema, ver entre otras, la sentencia T-482 de 2011.

²⁰ Sobre el tema, la Corte Constitucional ha dicho: *“la existencia de un precedente no depende del hecho de que se haya dictado una sentencia en la cual se contenga una regla de derecho que se estime aplicable al caso. Es necesario que se demuestre que efectivamente es aplicable al caso, para lo cual resulta indispensable que se aporten elementos de juicio –se argumente– a partir de las sentencias. Quien alega, tiene el deber de indicar que las sentencias (i) se refieren a*

- b. El juez de tutela debe confirmar la existencia del precedente judicial que se habría dejado de aplicar. Esto es, debe identificar si de verdad existe un caso análogo ya decidido.
- c. Identificado el precedente judicial, el juez de tutela debe comprobar si se dejó de aplicar.
- d. Si, en efecto, el juez natural dejó de aplicarlo, se debe verificar si existen diferencias entre el precedente y el conflicto que decidió, o si el juez expuso las razones para apartarse del precedente judicial. Si existen diferencias no habrá desconocimiento del precedente judicial. Aunque los casos sean similares, tampoco habrá desconocimiento del precedente si el juez identifica el criterio jurisprudencial supuestamente ignorado y expone las razones para apartarse (principios de transparencia y razón suficiente²¹).
- e. El precedente judicial vinculante es aquel que se encuentra ligado a la razón central de la decisión (*ratio decidendi*). La razón central de la decisión surge de la valoración que el juez hace de las normas frente a los hechos y el material probatorio en cada caso concreto²².
- f. Si no se acató el precedente judicial la tutela será procedente para la protección del derecho a la igualdad, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la garantía de la confianza legítima.

3.3. Caso concreto y solución del problema jurídico

En el caso objeto de estudio, la parte actora señaló que el tribunal accionado, en la sentencia del 17 de octubre de 2019, declaró la culpa exclusiva de la víctima, con base en afirmaciones carentes de sustento probatorio, y no valoró en conjunto las pruebas recaudadas en el proceso, especialmente el informe de los hechos

situaciones similares y (ii) que la solución jurídica del caso (su ratio decidendi), ha de ser aplicada en el caso objeto de análisis. También podrá demandarse la aplicación del precedente, por vía analógica” (se destaca).

²¹ En relación con el derecho de apartamiento y los principios de transparencia y razón suficiente, ver, entre otras, las sentencias T-698 de 2004, T-794 de 2011 y T-364 de 2017 de la Corte Constitucional.

²² Para la Corte Constitucional, la *ratio decidendi* es “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive”. Ver, por ejemplo, la sentencia T-443 de 2010.

presentado por el comandante del pelotón y el informe administrativo por lesiones, los cuales, en su criterio, daban cuenta de que:

i) *<<El daño se produjo por hechos y omisiones por parte del comandante del pelotón miembro activo del Ejército Nacional (sic) para ese momento como sargento segundo>>.*

ii) El arma de dotación oficial que hirió al soldado regular Ortiz Gutiérrez, no era su arma de dotación, sino la del soldado Talero Gamboa.

iii) El fusil que tomó el señor Ortiz Gutiérrez se accionó de forma accidental porque quien sí lo tenía asignado lo tuvo que haber *<<1-cargado y puesto un cartucho en la recámara, 2- quitado el cartucho de seguridad o cartucho de la vida, 3- debió estar montado el martillo y la aguja percutora lista, 4- el fusil debió estar desasegurado>>.*

iv) Si el fusil no se hubiera accionado accidentalmente, el informe administrativo por lesiones *<<debió haber sido calificado por el comandante del batallón como literal D, es decir, en actos realizados en contra de la ley, el reglamento o la orden del superior>>.*

La Sala no comparte dicho argumento, puesto que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sí valoró el informe administrativo por lesiones No. 008 del 20 de septiembre de 2015, en el cual se citó la información consignada en el informe de los hechos que suscribió el comandante de batallón de selva No. 48, y, para concluir que la causa determinante del daño fue el actuar negligente del señor Carlos Ortiz Gutiérrez, al incumplir *<<el deber de cuidado propio al manipular un arma cargada>>*, tuvo en cuenta que aquel ya tenía experiencia en la manipulación de armas de fuego pues, según se advierte del informe administrativo por lesión No. 008 del 20 de septiembre de 2015, se desempeñaba como *<<operador de ametralladora>>*, y llevaba un año y cuatro meses en el Ejército Nacional, según constancia de esa institución. Esto se dijo sobre el particular (fls. 180 a 183, anexo):

22. La relación causal entre el hecho y el daño se concreta en las circunstancias en las que se presentaron las lesiones del señor Ortiz Gutiérrez, que fueron descritas en el informe administrativo por lesión No. 008 del 20 de septiembre de 2015 (fl. 26, c.2), así:

De acuerdo al informe allegado por el señor SS. Moreno Cortes Javier Eduardo quien funge como comandante de pelotón delta 2, quien informa los hechos ocurridos el día 19 de agosto de 2015, siendo aproximadamente las 03:50 horas de la tarde, cuando el SLR, Ortiz Gutiérrez Carlos Andrés iba a recoger el fusil del SLR. Talero Gamboa Camilo Andrés de la misma escuadra de la ametralladora para prestar su turno de guardia, halo el fusil y se disparó o se accionó, propinando un disparo en su brazo derecho exactamente en su antebrazo, el enfermero del grupo de erradicadores le presta los primeros auxilios y al parecer solo comprometió tejidos y músculo.

(...)

25. En este caso, la sala advierte que se configuró la culpa exclusiva de la víctima, tal y como se determinó en la decisión apelada.

26. En efecto, en el informe administrativo por lesiones se indicó que el señor Carlos Andrés Ortiz Gutiérrez se auto disparo en su antebrazo derecho porque manipuló el arma de dotación de uno de sus compañeros, mientras se disponía a recibir un turno de centinela. Acto administrativo que se presume legal pues cobró firmeza tres meses después de que se notificó al señor Ortiz Gutiérrez, ya que él no solicitó su modificación dentro de ese lapso de tiempo, de conformidad con el artículo 26 del Decreto 1796 del 2000.

27. Así las cosas, es claro que si bien el hecho tuvo lugar mientras el afectado prestaba el servicio militar obligatorio, este fue extraño a la entidad, pues se presentó dentro de la órbita de responsabilidad del demandante, dado que la única causa determinante para su ocurrencia fue su actuar negligente, ya que incumplió el deber de cuidado propio al manipular un arma cargada.

28. Además, no puede desconocerse que al momento del hecho, el señor Ortiz Gutiérrez se desempeñaba como “operador de la ametralladora” y se encontraba adscrito a la institución castrense desde hace más de un año y cuatro meses, por lo que se presume que contaba con la debida instrucción en el uso y manipulación de armas de fuego.

29. Por ello, la sala no comparte el criterio del apelante, referente a que toda lesión de quien presta el servicio militar obligatorio es imputable al Estado, pues el régimen de responsabilidad objetivo fundado en esa relación incluye los eximentes de responsabilidad que deben ser examinados en cada caso.

30. Por lo anterior, al configurarse una causa extraña la lesión que el demandante sufrió en la prestación de su servicio militar obligatorio, no le puede ser imputable a la entidad demandada, pues se insiste en que esta se presentó dentro de su órbita de responsabilidad, pues como ya se indicó, fueron consecuencia de su falta de cuidado al manipular un arma que se encontraba cargada, asumiendo así los riesgos que esto lleva consigo, evento que resulta imprevisible e irresistible para la institución castrense.

Ahora bien, en el informe que suscribió el comandante del pelotón <<Delta 2>>, el 19 de agosto de 2015, figura la siguiente anotación que, en criterio de la parte actora, el Tribunal <<no leyó>>:

Se pide una explicación al SLR Talero Gamboa Camilo en donde incurre en una grave (sic) según ley 836/ en donde firma con puño y letra del mismo, huella en el sop (sic) del comandante, falta grave punto #4 “nadie está autorizado para introducir cartucho de guerra en la recamara del fusil o ametralladora”, pero el SLR Talero no da una respuesta coherente.

La parte actora adujo que con ese medio de convicción se acreditaba que <<El daño se produjo por hechos y omisiones por parte del comandante del pelotón miembro activo del Ejército Nacional (sic) para ese momento como sargento segundo>>, quien debió verificar que el <<dispositivo de seguridad ‘cartucho de la vida’ se encontrara instalado previo al cambio de turno>>, y que el soldado Talero Gamboa había cargado el fusil con el que se ocasionó la lesión, antes de que el soldado Ortiz lo tomara para prestar turno de centinela.

La Sala advierte que esos hechos no fueron invocados en la demanda de reparación directa y, por consiguiente, es importante aclarar que la acción de tutela no se puede utilizar como un medio alternativo para subsanar las falencias u omisiones de las partes en el proceso ordinario. Por ejemplo, la tutela no puede ejercerse con el propósito de que se discutan hechos y argumentos nuevos, dado que eso implicaría reabrir un debate ya concluido, lo cual pugna abiertamente con la subsidiariedad que gobierna a ese mecanismo de protección constitucional.

La Sala también estima que el defecto fáctico alegado por el demandante se centra en el resultado de la valoración probatoria que realizó el tribunal, y no en el hecho de que dichos elementos de prueba pudieran ser tenidos en cuenta o no por el juez de segunda instancia del proceso ordinario.

Como se sabe, las discusiones sobre la valoración del material probatorio son un campo restringido para el juez de tutela, salvo que se advierta irracionalidad o capricho en la tasación de los medios de prueba, circunstancias que en este caso no se presentan²³. El hecho de que la actora no los comparta, no habilita al juez de tutela para volver a estudiar un asunto que ya fue decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ahora, en lo atinente al desconocimiento del precedente, la parte actora alegó que, en la sentencia del 17 de octubre de 2019, el Tribunal Administrativo de

²³ Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente: “(...) la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba ‘debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia’. En relación con la competencia del juez de tutela para la evaluación de los cargos relativos a los defectos fácticos, es importante también precisar, que dicho juez no puede constituirse en una instancia para “revisar” las valoraciones probatorias de otros jueces ordinarios” (Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Cundinamarca desconoció la sentencia T-11 de 2017 de la Corte Constitucional, y los fallos dictados por la Sección Tercera del Consejo de Estado en los procesos bajo radicado 39309, 36755, 40727, 25033, 29259 19431, 29088, 51816, pronunciamientos en los que se concluyó que cuando se alega un daño causado a un conscripto, debe aplicarse el título de imputación de daño especial.

En relación con los títulos de imputación aplicables cuando se estudia la responsabilidad del Estado por daños causados a conscriptos, la jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que los mismos pueden ser *i)* de naturaleza objetiva – tales como el daño especial o el riesgo excepcional-, lo cual, valga decir, no supone automáticamente la prosperidad de las pretensiones, habida cuenta de que es posible que en estos eventos se configuren situaciones como la fuerza mayor, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, con la virtualidad de exonerar de responsabilidad a la entidad pública, y *ii)* por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso esta se encuentre acreditada.

Es decir, en un caso particular, bien puede el juez abordar el estudio de la responsabilidad, bajo los títulos de imputación de falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional, si así lo considera, luego de analizar los hechos, las pretensiones y las pruebas arrimadas, sin que ello implique acceder automáticamente a las pretensiones de la demanda, dado que puede ocurrir, por ejemplo, que se configure una causal eximente que libere al Estado de responder por el daño que le ha sido atribuido.

Lo anterior guarda relación con lo sostenido en el fallo de unificación del 19 de abril de 2012, en el que la Sala Plena de la Sección Tercera, expediente 21.515, señaló que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual del Estado en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Como se vio, en el fallo del 17 de octubre de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se determinó que la conducta imprudente de la víctima directa del daño fue la causa eficiente en la producción del mismo, lo cual rompió el nexo de causalidad y, por tanto, el daño no pudo ser imputable al

demandado, decisión que no merece reproche alguno desde el punto de vista constitucional.

De manera reiterada, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que si bien la Administración está obligada a garantizar la integridad sicofísica de los conscriptos, por cuanto aquellos se encuentran bajo una relación de especial sujeción con el Estado, lo cual lo hace responsable, en principio, de los daños que les sean irrogados durante el cumplimiento de dicha relación, cuando el resultado lesivo se hubiere producido **por culpa exclusiva de la víctima**, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, el daño no será imputable al Estado, debido al rompimiento del nexo causal. Al respecto, se ha indicado:

[D]emostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada²⁴.

Por último, cabe señalar que si bien se invocaron como desatendidos varios pronunciamientos en los que se estudiaron asuntos con supuestos fácticos y jurídicos similares al caso objeto de estudio y se accedió a las súplicas de la demanda, lo cierto es que esas decisiones se adoptaron porque no se halló probada alguna causal eximente y porque se acreditaron todos los elementos de la responsabilidad del Estado, a diferencia de lo que sucedió en el *sub lite*, razón por la cual la Sala descarta el defecto relativo al desconocimiento del precedente.

Bajo ese contexto, la Sala concluye que no se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de los señores Carlos Andrés Ortiz Gutiérrez, Blanca Alicia Gutiérrez García, José Huber Ortiz Rojas, Misael, Jackeline y Blanca Flor Ortiz Gutiérrez, toda vez que no se acreditó que las autoridades judiciales accionadas hubieran incurrido en los defectos alegados.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de marzo de 2000, exp. 11401. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; reiterada en varias oportunidades, por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de marzo de 2017, exp. 39624; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de octubre de 2017, exp. 48318; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 28 de septiembre de 2017, expedientes No. 41708, 46485 y 44635.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO. NEGAR el amparo solicitado por los señores Carlos Andrés Ortiz Gutiérrez, Blanca Alicia Gutiérrez García, José Huber Ortiz Rojas, Misael, Jackeline y Blanca Flor Ortiz Gutiérrez, por lo razonado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. NOTIFICAR la presente decisión a las partes y a los interesados por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO. De no ser impugnada esta sentencia, **ENVIAR** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO