**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

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

**Radicación número:** 11001-03-15-000-2021-02938-01

**Demandante:** Fredy Javier Díaz Dorado y otros

**Demandado:** Tribunal Administrativo del Cauca

**Referencia:** Acción de tutela

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

*Temas: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – improcedencia / SUBSIDIARIEDAD – No se cumple este requisito de procedencia al alegarse hechos nuevos no discutidos ante el juez natural de la causa / RELEVANCIA CONSTITUCIONAL – La parte demandante pretende reabrir el debate jurídico y probatorio que se surtió en el proceso ordinario*

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por el apoderado de los señores Fredy Javier, Aura Nelly, Luis Herney y Alexander Díaz Dorado, en contra de la sentencia de 16 de julio de 2021, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se resolvió:

*<<****PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE*** *la acción de tutela interpuesta por Fredy Javier Díaz Dorado, Aura Nelly Díaz Dorado, Luis Herney Díaz Dorado y Alexander Díaz Dorado en contra de la Sala de Decisión 5 del Tribunal Administrativo del Cauca, por los motivos expuestos en esta providencia.*

***SEGUNDO: NOTIFICAR*** *a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.*

***TERCERO: REMITIR*** *la presente providencia, si no fuere impugnada, a la Corte Constitucional para su eventual revisión>> (Negrillas propias del texto).*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**A. Demanda y sus fundamentos**

1.- El 21 de mayo de 2021, Fredy Javier, Aura Nelly, Luis Herney y Alexander Díaz Dorado, obrando a través de apoderado judicial, presentaron demanda de tutela contra la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal del Valle del Cauca por presuntamente vulnerar sus derechos fundamentales de igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia, al proferir la sentencia de 28 de enero de 2021[[1]](#footnote-1), por medio de la cual revocó el fallo de 17 de junio de 2019, dictado por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, dentro del proceso de reparación directa[[2]](#footnote-2) que promovieron contra la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional, por la lesión lumbar irrogada al del señor Fredy Javier Díaz durante la prestación del servicio militar obligatorio.

2.- Según se ilustra en la demanda, las pretensiones en ella contenidas se contraen a lo siguiente:

*<<****PRIMERO: DECLARAR VULNERADOS LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD, DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA****, por parte del Honorable* ***TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA****, Sala de Decisión integrada por los honorables magistrados* ***JAIRO RESTREPO CÁCERES, CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO y CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ*** *con ocasión de la expedición de la sentencia número 005 de 28 de enero de 2021, dentro del proceso correspondientes al medio de control de* ***REPARACIÓN DIRECTA,*** *radicado* ***19001333300920160027801****, y en consecuencia* ***TUTELAR*** *los derechos fundamentales desconocidos en dicha providencia.*

***SEGUNDO:*** *Como consecuencia de la declaración anterior,* ***ORDENAR*** *al Honorable* ***TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA****. Sala de Decisión integrada por los honorables magistrados* ***JAIRO RESTREPO CÁCERES, CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO y CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ*** *dejar sin efectos la sentencia número 005 de 28 de enero de 2021, proferida dentro del proceso correspondiente al medio de control de* ***REPARACIÓN DIRECTA*** *de radicado* ***19001333300920160027801****, y en ese orden se proceda a expedir un nuevo fallo en el que se acceda a las pretensiones de la demanda o subsidiariamente que se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta las interpretaciones jurisprudenciales que sobre la posición de garante, indebida incorporación y lesiones de conscriptos al interior de la* ***POLICÍA NACIONAL****, ha trazado el Honorable* ***CONSEJO DE ESTADO*** *y la Honorable* ***CORTE CONSTITUCIONAL****>>[[3]](#footnote-3). (Negrilla propia del texto).*

3.- Entre los presupuestos de orden fáctico que respaldan la protección invocada, los actores expusieron que[[4]](#footnote-4):

3.1.- El señor Fredy Javier Díaz Dorado prestó servicio militar obligatorio en la Policía Nacional del Cauca durante el periodo comprendido entre el 30 de noviembre de 2013 y el 29 de mayo de 2015. Refiere que, en su proceso de ingreso, al suscribir el compromiso de servicio militar[[5]](#footnote-5) y diligenciar el formato de antecedentes médicos del aspirante y su núcleo familiar[[6]](#footnote-6), indicó que su estado de salud era normal, sin padecer ningún tipo de enfermedad o patología. Igualmente, en la valoración físico-atlética y morfofuncional efectuada el 25 de octubre de 2013[[7]](#footnote-7),y el posterior examen médico de ingreso del 8 de noviembre de 2013[[8]](#footnote-8), se determinó que, en efecto, no presentaba ningún tipo de condición física que le impidiera ingresar a la milicia, especialmente, no se determinó que tuviera algún tipo de enfermedad en su columna vertebral, obteniendo una calificación “aceptable”.

3.2.- No obstante, el 10 de noviembre de 2014, mientras se encontraba prestando el servicio militar en el municipio de Puerto Tejada - Cauca, debió acudir al servicio médico de consulta externa de la ESE Norte 3, consulta en la que, acorde con la historia clínica, se indicó que el accionante padecía de un lumbago generalizado de un mes de evolución, con antecedente de dolor lumbar de 2 años anteriores. El 21 de noviembre de dicho año acudió a la misma IPS, y en la epicrisis quedó consignado que el demandante presentaba desde hace 8 meses episodios de dorsalgia y escoliosis de 5 grados a la izquierda.

3.3.- El 20 de diciembre de 2014, el señor Fredy Díaz fue atendido en el Hospital Francisco de Paula Santander de Quilichao y, en la anamnesis de la consulta se expuso como enfermedad actual, dolor lumbar de 2 meses de evolución, relacionado con actividad física o entrenamiento de policía. En concreto, se determinó mediante examen físico que, *“Espalda, sin alteraciones de las curvas, espasmos para lumbar izquierdo. No irradiado”, y diagnosticando una “ruptura traumática de disco intervertebral lumbar”[[9]](#footnote-9).*

3.4.- El 29 de mayo de 2015, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, realizó el examen de retiro al señor Díaz Dorado, en el que se indicó que presentaba *“dolor paravertebral con limitación, flexión”,* y anotó que estaba *“pendiente escoliosis y dolor lumbar de 6m evolución traer H. Clínica”,* diagnosticándolo por lo demás como paciente sano[[10]](#footnote-10).

3.5.- En consideración a lo anterior, el señor Fredy Javier Díaz Dorado, junto a su madre, Aura Nelly Díaz Dorado y sus hermanos Luis Herney y Alexander Díaz Dorado, en ejercicio del medio de control de reparación directa, entablaron proceso contencioso en contra de la Nación- Ministerio de Defensa, Policía Nacional, con el fin de que se declarara su responsabilidad por el diagnóstico médico dado el 10 de noviembre de 2014, en el cual se descubrió la grave lesión que padece, la cual se generó cuando prestaba el servicio militar. En consecuencia, solicitaron el pago de los respectivos perjuicios morales y materiales, causados por el deterioro a la salud del demandante.

3.6.- El conocimiento del asunto en primera instancia correspondió al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán que ordenó en audiencia inicial celebrada el 14 de septiembre de 2018, que la Dirección de Sanidad valorara al demandante por medio de la Junta Médico Laboral. Dicho examen se llevó a cabo el 4 de abril de 2019, tal como consta en Acta No. 1468 de dicha fecha, en la que se estableció que sufrió una pérdida de la capacidad laboral del 9.5% e igualmente, concluyó que los problemas en su columna eran una enfermedad de origen común.

3.6.1.- Luego, mediante sentencia del 17 de junio de 2019, el referido despacho, en aplicación del régimen de responsabilidad objetiva por daño especial, declaró administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por las lesiones sufridas por el señor Fredy Díaz, al considerar que la enfermedad del conscripto aconteció mientras se encontraba prestando su servicio militar obligatorio, o esta, se agravó durante el mismo, es decir, mientras su integridad física estaba a cargo de la Policía Nacional. Al respecto, el *A quo* consideró que la entidad sí tuvo conocimiento de la enfermedad del actor, *“aunque de manera posterior”*, tal como se demuestra con lo certificado en el examen médico de egreso, sin que le hubieran brindado la atención de salud que requería.

3.7.- Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la Policía Nacional presentó recurso de apelación, haciendo énfasis en que el origen de la escoliosis presentada por el señor Díaz Dorado era congénita, en adición a que, dicha enfermedad pudo haber iniciado antes de prestar sus servicios en la institución policial.

3.8.- A través de fallo del 28 de enero de 2021, el Tribunal Administrativo del Cauca revocó la decisión de primera instancia, al considerar que en el caso *sub examine*, no se tuvo certeza de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se suscitó el daño reclamado, toda vez que, i) del supuesto hecho que derivó en la lesión, no se realizó informe administrativo por lesiones, en atención a que el demandante no informó de su patología a la entidad, ii) el señor Díaz Dorado no utilizó los servicios médicos que presta la Policía Nacional para atender su enfermedad, iii) en el Acta de Junta Médico Laboral de Policía No. 1468 de 2019, se determinó que las afecciones que padecía no podían ser imputadas al servicio por ser *“enfermedad común”,* decisión que no fue recurrida, quedando en firme, y iv) no obra en el expediente elemento probatorio alguno que permita desvirtuar las referidas conclusiones de la Junta Médica, es decir, que se haya demostrado que la lesión tiene vínculo directo con la prestación de su servicio militar obligatorio.

4.- Dicha decisión a juicio de los accionantes vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia, al incurrir en los defectos sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente judicial.

4.1.- En lo referente al defecto sustantivo, alegó la parte actora que el Tribunal Administrativo del Cauca omitió tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 15 a 18 de la Ley 48 de 1993 (derogada por la Ley 1861 de 2017) y 15 a 20 del Decreto 2048 de 1993, normatividad vigente para la época de ingreso del señor Díaz Dorado al servicio militar y según la cual, la entidad demandada es responsable por la lesión padecida, en razón al actuar omisivo por parte del personal médico policial que inspecciona los candidatos del servicio militar obligatorio *“al no haber detectado la condición de salud del [accionante] en su parte lumbar al momento de declararlo apto para el servicio policial”[[11]](#footnote-11)*, obligándolo a prestar servicio y agravando su patología, debido a los entrenamientos a los que fue sometido.

4.2.- Aunado a lo anterior, se afirma que el Tribunal accionado incurrió en desconocimiento del precedente judicial, al desconocer lo dispuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 3 de febrero de 2010, en el expediente No. 18001-23-31-000-1996-00770-01(17543), en la que se condenó a la Nación a resarcir los daños causados a un conscripto por hechos similares. Igualmente, refirió que se desconoció lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-011 de 2017 y por el Consejo de Estado en las sentencias dentro de los procesos No. 52001-23-31-000-2001-00559-01 (2007) y 68001-23-15-000-1998-00468-01 (31499), en los que se diferenció entre los soldados que prestan servicio militar obligatorio o lo hacen de forma voluntaria, exponiendo que, en el primer supuesto, como existe un doblegamiento de la voluntad del soldado y se dispone de su libertad individual, se genera una especial relación de sujeción de este con el Estado, que hace responsable a este último de los posibles daños que pueda padecer aquél, mientras permanezca a su cargo.

4.3.- Adicionalmente, los actores aseguran que la instancia judicial demandada no valoró las pruebas aportadas al proceso que acreditaban la calidad de víctima del accionante, el daño causado, la imputación de responsabilidad a la entidad demandada y los perjuicios padecidos por todos los demandantes.

En lo que respecta a la calidad de víctima, aseguran que las pruebas que reposan en el expediente de reparación directa acreditan que el señor Díaz Dorado se incorporó a la Policía Nacional en condiciones normales de salud, y para el momento en que fue diagnosticado con escoliosis, esto es, el 10 de noviembre de 2014, aún se encontraba prestando el servicio militar.

Sobre el hecho dañoso, refieren que, con las pruebas se hace evidente que el demandante ingresó en perfecto estado de salud a la Policía Nacional y el 10 de noviembre de 2014 fue atendido en la E.S.E. Norte 3 por fuerte dolor lumbar e igualmente, en examen médico de retiro efectuado el 29 de mayo de 2015 quedó registrado como nota al margen, el diagnóstico de escoliosis del actor y dolor lumbar de 6 meses de evolución, no obstante, la entidad ignoró su patología sin brindarle atención médica.

Con respecto a la imputación del daño, aducen que, acorde con los artículos 216 de la Constitución Política y 10 de la Ley 48 de 1993, todo varón colombiano tiene el deber de prestar servicio militar obligatorio, lo que se traduce en una imposición originada en la voluntad del constituyente y justificada en el principio de solidaridad, que implica *“por contrapartida una especial consideración…, pues sin duda se trata de una carga superior y extraordinaria”[[12]](#footnote-12)*. Así, continúan explicando que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, el Estado debe responder por los daños causados a los soldados conscriptos, aplicando para este caso el régimen de imputación objetiva por daño especial, pues *“aunque el daño fue causado por un tercero ajeno a la Institución, por las condiciones especiales de sujeción que reviste el auxiliar de Policía lesionado, no se encontraba en la obligación constitucional ni legal de soportar el daño que le fue causado en ejercicio de la prestación de su servicio militar obligatorio”[[13]](#footnote-13).*

En consecuencia, consideran que el Tribunal erró al considerar que, a pesar de estar acreditado el daño, no era viable imputarlo a la Policía Nacional, por no haberse probado el nexo causal entre el hecho dañoso y la lesión, pues reiteran que fue la omisión por parte del personal médico que valoró su condición física al ingreso de la institución castrense, lo que generó el daño. Sumado a que, aseguran que la instancia judicial accionada no evaluó la magnitud del daño causado al señor Díaz Dorado, pues presenta una pérdida de capacidad laboral del 9.5%.

**B. Trámite procesal y la contestación de la demanda**

5.- Mediante auto del 27 de mayo de 2021, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dispuso admitir la acción de tutela y notificar de su presentación como terceros interesados en las resultas del proceso al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional y a Aura Nelly, Luis Henry y Alexander Díaz Dorado, toda vez que el escrito de tutela, en principio, solo se había presentado a nombre del señor Fredy Javier Díaz Dorado.

**(i) Tribunal Administrativo de Antioquia[[14]](#footnote-14)**

6.- El magistrado ponente de la decisión objeto de demanda, solicitó declarar improcedente la acción de tutela o en su defecto, negar las pretensiones en ella esgrimidas, toda vez que, la parte actora no brindó elementos jurídicos o fácticos suficientes para poder inferir la configuración de los defectos endilgados a dicha instancia judicial. En concreto, indicó que el fallo demandado fue debidamente motivado, sin que se hubieran valorado indebidamente las pruebas obrantes en el expediente o desconociéndose los precedentes aplicables al caso concreto.

6.1.- A su vez, afirmó que los argumentos esgrimidos por los accionantes para sustentar los mencionados defectos, permitían entrever que la finalidad de la presente solicitud de amparo, no era otra que reabrir el debate jurídico surtido, para obtener una decisión judicial favorable a sus pretensiones, *“inclusive, trayendo a colación presupuestos fácticos y jurídicos nuevos”*, pues en la demanda de reparación directa no alegó la supuesta omisión de la entidad demandada con respecto a los exámenes de ingreso.

**(ii) Apoderado del señor Fredy Javier Díaz Dorado[[15]](#footnote-15)**

7.- El apoderado del señor Díaz Dorado presentó escrito aclarando que la acción de tutela era presentada por Fredy Javier, Aura Nelly, Luis Herney y Alexander Díaz Dorado, allegando los respectivos poderes.

**(iii) Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional**[[16]](#footnote-16)

8.- El apoderado de la Policía Nacional solicitó declarar improcedente el amparo constitucional solicitado por los accionantes y en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda, toda vez que, el Tribunal Administrativo del Cauca efectuó un estudio completo y acertado del acervo probatorio, que lo llevó a concluir acertadamente que, no era procedente el resarcimiento económico pretendido, puesto que la lesión en la espalda del actor no tuvo su génesis en la prestación del servicio militar, sino que era de origen común. A su turno, resaltó que la acción de tutela tampoco procedía como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, resaltando que, acorde con los registros del ADRESS, el señor Díaz Dorado actualmente se encuentra afiliado en calidad de cotizante en la EPS Suramericana S.A.

**C. Sentencia de primera instancia**

9.- Mediante fallo del 16 de julio de 2021, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró improcedente el amparo solicitado, al considerar que esta no cumplió con los requisitos de subsidiariedad y relevancia constitucional. En efecto, afirmó el *A* quo que los argumentos esgrimidos para justificar el defecto sustantivo no fueron debatidos ante el juez natural de la causa, constituyen alegaciones nuevas no analizadas en el respectivo proceso contencioso administrativo, lo que hace que la tutela no supere el requisito de subsidiariedad. La Sala precisó que, dentro del proceso ordinario de reparación directa se alegó la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad por daño especial, pero en la tutela, se refirió la falla del servicio como el título de responsabilidad bajo el que debía condenarse a la Policía Nacional al haber errado al evaluar su condición de salud al ingreso de la entidad castrense.

9.1.- Con respecto al defecto fáctico, indicó que se trata de alegatos ya esgrimidos y estudiados por el juez contencioso administrativo, con lo cual, no se acreditó la relevancia constitucional del asunto. Sumado a que, frente al presunto desconocimiento del precedente judicial, los actores no indicaron con claridad la regla jurisprudencial que no fue tenida en cuenta por el Tribunal y *“lejos de presentar la vulneración de un derecho fundamental a partir de la posible configuración de un defecto, acuden a argumentos de simple inconformidad, a través de este mecanismo constitucional”.*

**D. Impugnación**

10.- Los tutelantes interpusieron impugnación contra la anterior decisión, alegando que, *“resulta preocupante que con los avances de la Jurisprudencia en materia de protección de derechos del personal de conscriptos… se retroceda de semejante manera con una providencia en la cual se señala que la razón por la cual no se decretaron en favor del demandante las pretensiones fuera por no haber precisado con claridad el régimen de responsabilidad que debía aplicarse para dirimir el conflicto”,* pues estaba probado que la lesión en la columna que padece el señor Díaz Dorado se debió a su indebida incorporación al servicio militar obligatorio, reiterando por demás, los argumentos esgrimidos en el escrito de tutela. Además, alegó que no se tuvo en cuenta que imponer a los conscriptos la carga de avisar en caso de tener una lesión, impone una carga de difícil cumplimiento, pues existe el miedo latente de ser retirados del servicio.

**II.- C O N S I D E R A C I O N E S**

**E. Competencia**

11.- La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada y examinar su contenido en contraste con el acervo probatorio y el fallo proferido en primera instancia, según lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991[[17]](#footnote-17). Dado lo anterior, corresponde determinar si se confirma, modifica o revoca el fallo impugnado, por el cual se resolvió en primera instancia la solicitud de amparo presentada por la parte actora.

**F. La acción de tutela contra providencias judiciales**

12.- La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo del 31 de julio de 2012, unificó la postura en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales[[18]](#footnote-18).

13.- Posteriormente, a través de una nueva sentencia de unificación, la Sala Plena de la Corporación adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia del mecanismo de amparo constitucional contra providencias judiciales y reiteró que dicha acción es apenas un instrumento de carácter residual y subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, tal y como lo señala el artículo 86 Superior[[19]](#footnote-19).

14.- Así entonces, esta Corporación no ha vacilado en reiterar que los *requisitos generales* alusivos a la procedencia formal del mecanismo tuitivo de los derechos fundamentales que deben ser cuidadosamente verificados son, los siguientes[[20]](#footnote-20):

**-** Que la cuestión sometida a estudio por parte del juez de tutela resulte de evidente relevancia constitucional.

**-** Que se hayan agotado todos los recursos judiciales -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se advierta la ocurrencia de un perjuicio de carácter irremediable.

**-** Que la solicitud de amparo tutelar cumpla con el requisito de inmediatez.

**-** Que, en caso de tratarse de una irregularidad procesal, esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de las prerrogativas *iusfundamentales*.

**-** Que quien pretende el amparo identifique, de forma razonable, tanto los hechos que generan la violación como los derechos que resultan infringidos y que ello haya sido alegado en el proceso judicial, siempre que esto fuese posible; y,

**-** Que el fallo impugnado no se trate de una acción de tutela.

15.- Ahora bien, interesa destacar que la relevancia constitucional, como requisito general de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, supone la presentación de un conflicto que trascienda las discusiones legales ante el juez constitucional. Bien es sabido que el ámbito de los derechos fundamentales tiene un efecto irradiador en el ordenamiento, de tal suerte que, en la práctica, no existen temas jurídicos que no puedan relacionarse con un derecho de esta naturaleza[[21]](#footnote-21). En tal virtud, no basta con que el actor afirme que una determinada providencia judicial infringe derechos fundamentales para dar por cumplido dicho requisito, sino que este debe estructurar una fundamentación clara y suficiente en torno a la necesidad de la intervención del juez de tutela con el propósito de hacer cesar la presunta infracción de los derechos fundamentales invocados.

15.1.- Lo anterior, comoquiera que con dicho requisito se persiguen al menos tres finalidades: ***(i)*** preservar los principios de autonomía e independencia judicial de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional[[22]](#footnote-22) y, en ese sentido, evitar que la acción de tutela se utilice para debatir asuntos de mera legalidad[[23]](#footnote-23); ***(ii)***restringir el ejercicio del recurso de amparo a cuestiones con clara y marcada relevancia desde la óptica constitucional por afectar derechos fundamentales[[24]](#footnote-24); e ***(iii)***impedir que la interposición de la acción de tutela se transmute en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de las autoridades jurisdiccionales[[25]](#footnote-25).

16.- A su turno, los *requisitos específicos* de procedibilidad que ha decantado la jurisprudencia constitucional a partir de la Sentencia C-590 de 2005, acogida por la Sala Plena de esta Corporación, hacen relación a los denominados defectos materiales, identificados y definidos como las fuentes de vulneración de derechos fundamentales[[26]](#footnote-26): ***(i)***orgánico; ***(ii)*** sustantivo; ***(iii)*** procedimental; ***(iv)*** fáctico;***(v)*** error inducido; ***(vi)*** decisión sin motivación; ***(vii)*** desconocimiento del precedente judicial; y ***(viii)*** violación directa de la Constitución.

17.- En resumidas cuentas, los criterios generales y específicos de procedencia suponen pautas metodológicas que limitan la competencia del juez constitucional al abordar el escrutinio de una acción de tutela promovida en contra de una providencia judicial. Tanto unos como otros confluyen en el propósito de realizar el mandato de efectividad de los derechos fundamentales en un escenario de respeto por el valor de la cosa juzgada, la garantía de seguridad jurídica y los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial. De ahí que la autoridad judicial a cargo de esta labor carezca de competencia para reemplazar al juez de la causa en la interpretación del derecho legislado o en la evaluación detenida de las pruebas del caso o para imponer su criterio en debates de orden legal que corresponden a otras autoridades judiciales, ya que su rol *“se reduce a asegurar de manera residual y excepcional la protección de los derechos fundamentales en los trámites judiciales”[[27]](#footnote-27)*.

18.- De lo que hasta ahora ha sido reseñado, le corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales, de tal manera que, una vez superado ese examen formal, pueda constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos arriba mencionados, los cuales también deben ser adecuadamente formulados por el interesado[[28]](#footnote-28).

**G. Análisis del caso concreto**

19.- En los términos precedentes, la Sala se ocupará, en lo que sigue, de verificar si los hechos que se alegan en la presente causa se enmarcan en los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, particularmente, si cumple los requisitos de *subsidiariedad* y *relevancia constitucional*. Solo en el evento de acreditarse, pasará a abordar el estudio de los demás criterios jurisprudenciales con el fin de establecer si el Tribunal Administrativo del Cauca *-en la sentencia de 28 de enero de 2021-* incurrió en los yerros o vicios alegados por la parte actora y si se justifica la adopción de medidas de protección de los derechos fundamentales invocados.

20.- Con todo, debe recordarse que, en lo atinente al trámite de impugnación, la competencia de quien conoce el asunto se ve delimitada, *prima facie*, por las razones o motivos de inconformidad con la providencia que es objeto de debate, con la circunstancia particular de que estando de por medio derechos y garantías de raigambre fundamental, el juez, tribunal o alta Corporación, adquiere mayores facultades para que, llegado el caso, adelante un análisis integral ante la evidencia de la afectación y necesidad de intervenir en la protección de un derecho fundamental.

**H. Estudio sobre el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales**

21.- En virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela procede cuando el accionante no dispone de otro medio de defensa salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, es decir, los interesados deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para remediar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de modo que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección, pues eso sería tanto como desconocer que la Constitución y la ley determinan una serie de mecanismos judiciales igualmente eficaces e idóneos para garantizar el ejercicio pleno de los derechos.

21.1.- Lo anterior, de conformidad con el artículo 86[[29]](#footnote-29) de la Constitución Política y el numeral 1 del artículo 6[[30]](#footnote-30) del Decreto 2591 de 1991, que prevén como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia de otros medios de defensa para la protección de los derechos invocados. En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado[[31]](#footnote-31):

*<<La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho. La tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece —con la excepción dicha— la acción ordinaria. La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales*>>.

21.2.- A propósito, la sentencia T-211 de 2009[[32]](#footnote-32), señaló que el proceso es la primera instancia de defensa de derechos de las partes, lo que hace inadmisible que un accionante alegue la vulneración de un derecho fundamental cuando no lo solicitó dentro del proceso. En concreto, la sentencia señala que *“las etapas, recursos y procedimientos que conforman un proceso, son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías del debido proceso. Es en este sentido que la sentencia C-543/92 puntualiza que: ‘tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes’. Por tanto, no es admisible que el afectado alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental cuando no ha solicitado el amparo de sus derechos dentro del proceso, pues, en principio, el ordenamiento jurídico le ha dotado de todas las herramientas necesarias para corregir durante su trámite las irregularidades procesales que puedan afectarle”.*

21.3.- Así, en sentencia T-322 de 2015[[33]](#footnote-33), la Corte explicó que, antes de invocar el mecanismo de amparo constitucional, para debatir conflictos jurídicos surgidos dentro de un proceso ordinario y que afecten los derechos fundamentales de alguna de las partes, *“deben ser resueltos en principio por las vías que se han dispuesto para ello y, solo en casos muy excepcionales, a través de la acción de tutela”.* Con todo, y como regla de decisión en la sentencia SU-770 de 2014[[34]](#footnote-34), se determinó que *“el no identificar de manera razonable los hechos que generan la violación a un derecho fundamental y el no alegar esta circunstancia al interior del proceso judicial, pese a haber tenido varias oportunidades para hacerlo, torna improcedente a la acción de tutela”.*

22.- De conformidad con lo expuesto, se advierte que la solicitud de amparo respecto a la configuración del defecto sustantivo en la providencia acusada carece del requisito de subsidiariedad en la medida en que, tal como lo advirtió el juez de primera instancia, la parte actora alegó en el escrito de tutela razones de derecho diferentes a las esgrimidas en el proceso de reparación directa con respecto al régimen de responsabilidad, según el cual, se le atribuye la responsabilidad a la Policía Nacional, es decir, no se agotaron los mecanismos judiciales que tenían a su alcance para proteger los derechos que consideran vulnerados.

22.1.- En efecto, la Sala advierte que en la demanda de reparación directa, los demandantes adujeron que el régimen de responsabilidad aplicable era el objetivo por daño especial, en atención a que, *“no obstante la gravedad de la lesión [del señor Díaz dorado] no le fue realizada ninguna valoración por medicina laboral, y mucho menos se le hizo seguimiento por el servicio de Sanidad de la Policía Nacional y hoy su lesión se ha agravado debiendo dejar de practicar laborales que le exijan fuerza y por lo tanto acceder a un empleo le ha sido difícil”*. Sobre el particular, citaron como fundamento de derecho, lo dispuesto en la sentencia de 14 de mayo de 2012, proferida por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado en el expediente No. 50001-23-31-000-1999-00200-01, en el que, en un caso similar se aplicó el régimen objetivo de responsabilidad al considerarse que hubo un rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas y al comprobarse que la lesión lumbar del accionante se originó en la prestación del servicio militar.

22.2.- Sin embargo, en el escrito de tutela, la parte actora alega que la Policía Nacional no solo es responsable por no haberle brindado la atención médica requerida, sino, además, por no haber advertido en los exámenes de ingreso del señor Díaz Dorado la enfermedad en la columna que padece. En concreto señala el desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 15 a 18 de la Ley 48 de 1993 y 15 a 20 del Decreto 2048 de 1993 que la regulaba.

22.3.- Este último argumento no fue expuesto por la parte actora en el proceso de reparación directa, es decir no fue objeto de análisis y pronunciamiento por parte del juez natural de la causa, así como tampoco, la contraparte pudo ejercer su derecho de contradicción y defensa frente al mismo, con lo cual, se entiende que respecto a dicho reproche no se agotó el requisito de subsidiariedad al no haberse alegado dichas razones de derecho en el proceso contencioso administrativo, siendo impertinente que el juez de tutela reemplace y lleve a cabo el análisis que es propio del juez administrativo.

23.- Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado ha expresado que para determinar si una acción de tutela cumple con el requisito de relevancia constitucional es necesario entrar a examinar dos elementos, a saber[[35]](#footnote-35):

**-** **Que el actor cumpla su carga argumentativa de motivar la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales**, escenario en el que no basta con enunciar los derechos presuntamente vulnerados, sino que tal vulneración ha de estar justificada, esto es, desde la carga argumentativa, debe expresar con suficiencia las razones y motivos de índole constitucional que revelan un juicio de desvalor frente a los derechos fundamentales de quien promueve la acción de tutela, de cara a la definición que ha adoptado el juez, encargado por mandato constitucional de definir el derecho, bajo la sacramental fórmula de administrar justicia por mandato de la Constitución y la ley. En este caso, tal ejercicio debe permitir una acción valorativa de la justeza de la decisión, asunto que se superpone aún a la justicia que envuelve el mandato de ley en que se basa la sentencia.

**- Que la demanda de tutela no constituya una instancia adicional al proceso ordinario en el cual fue proferida la providencia acusada**, en la medida en que este mecanismo constitucional fue instituido para proteger derechos fundamentales y no para discutir toda discrepancia que el actor tenga frente a una decisión judicial, aspecto que se vincula en perfecta armonía con el anterior elemento anotado, en tanto la acción de tutela no se presenta como garantía para la confrontación entre la decisión del juez y la opinión, criterio, dicho y aún raciocinio de quien con la determinación contenida en la sentencia no se ve favorecido, pues sin lugar a dudas de lo que se trata es de verificar la justeza constitucional de la decisión judicial.

24.- En el asunto en cuestión, los actores aducen que el Tribunal Administrativo del Cauca vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia al incurrir en un defecto fáctico y desconocimiento del precedente judicial, toda vez que: ***i)*** no valoró las pruebas aportadas al proceso de reparación directa, que acreditaron la condición de víctima del señor Díaz Dorado, el hecho dañoso, la imputación a la entidad demandada y los perjuicios causados, y ***ii)*** desconoció lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-011 de 2017 con respecto a que el servicio militar obligatorio crea para el Estado el deber de responder por los daños antijurídicos causados a quienes lo prestan, e igualmente, no tuvo en cuenta que el Consejo de Estado hizo una distinción conceptual entre el soldado que presta servicio militar obligatorio y los soldados voluntarios, y a favor de los primeros, estableció que tienen una relación de especial sujeción con el Estado que lo hace responsable por los daños causados mientras se encuentren en servicio.

25.- La revisión de los planteamientos expuestos en la demanda de tutela permite advertir que su propósito es convertir el mecanismo de amparo constitucional en una instancia adicional o complementaria al proceso contencioso administrativo tramitado, al pretender reabrir un debate ya zanjado por no estar de acuerdo con la decisión sobre la falta de responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado por la lesión lumbar que padece el señor Díaz Dorado.

26.- Sobre el presunto defecto fáctico, advierte la Sala que, los argumentos esgrimidos en la tutela para sustentar dicho yerro fueron expuestos ante el juez natural de la causa, tanto en primera como en segunda instancia, en idénticos términos, tal como se constata en los alegatos de conclusión presentados por los demandantes en ambas instancias judiciales, resaltándose el presentado al Tribunal accionado, a cuyo tenor literal se dijo lo siguiente:

*<<****II. LOS HECHOS DEMOSTRADOS DENTRO DEL PROCESO.*** *(…)*

***-La Acreditación de Víctima.***

*Con los documentos aportados especialmente con la contestación de la demanda se puede observar que el señor FREDDY JAVIER DÍAZ DORADO, para el día 10 de noviembre de 2014, se encontraba prestando servicio militar obligatorio como auxiliar de la Policía Nacional, pues de acuerdo a los formularios que obran en la contestación de la demanda se establece que de acuerdo al formato SM-55341 de 23 de octubre de 2013, el citado conscripto ingresó a la Policía Nacional. (…)*

***-El hecho dañoso***

*Se ha evidenciado a lo largo del medio de control de reparación directa tramitado ante su despacho que el joven FREDDY JAVIER DIAZ DORADO, ingresó en perfecto estado de salud y condiciones físicas y psicológicas a prestar su servicio militar obligatorio dentro de la Policía Nacional, para lo cual debió presentar unos exámenes de aptitud, los cuales superó y que lo conllevaron a ser destinado a prestar dicho servicio en el Departamento de Policía Cauca.*

*En Historia Clínica obrante a folio 12 del cuaderno principal de la demanda y que fuera expedida por el Hospital Empresa Social del Estado ESE NORTE 3 en la localidad de Puerto Tejada Cauca, se detalla que para el día 10 de noviembre de 2.014 ingresó el señor… DÍAZ DORADO, quien fuera atendido por el personal médico de dicho hospital en el cual le fue diagnosticado con un fuerte dolor lumbar y a quien le fue ordenado un tratamiento a fin de buscar aliviar su dolor.*

*Así mismo se observa en el expediente en el cuaderno principal a folios 108 y 109 respectivamente en el examen de retiro realizado al auxiliar bachiller el 29 de mayo de 2.105 que efectivamente le fue registrada como una nota al margen la existencia de una escoliosis y dolor lumbar de 6 meses de evolución, diagnóstico que fuera ignorado por el personal de la Policía Nacional y sobre el cual nunca más volvió a pronunciarse.*

*A la fecha el dolor causado por la escoliosis a mi representado es de tal magnitud que ha ido quebrantando su estado de salud al punto de ser dictaminado por la Junta de Calificación de Invalidez de la Policía Nacional con una disminución de la capacidad laboral del 9.5% aspecto que deja entrever la severidad del daño en la salud de mi representado….*

***-Sobre la imputación de responsabilidad a la entidad demandada***

*El artículo 216 Superior constituye la norma fuente de la obligación que le asiste a todos los colombianos de “tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. Esta norma, en cuanto hace al servicio militar obligatorio fue regulada mediante la Ley 48 de 1993, cuyo artículo 10 precisa (…).*

*A su turno, el artículo 13 de la misma ley señala que el servicio militar obligatorio puede prestarse como soldado regular… bachiller… auxiliar de policía bachiller… y soldado campesino. Se trata por consiguiente, de una imposición originada en la voluntad del Constituyente y justificada en el principio de solidaridad…*

*Es esa circunstancia, que se trata de una imposición de Ley la que impone por contrapartida una especial consideración frente a la situación de quienes por esa vía -y no por voluntad propia- deben tomar las armas, pues sin duda se trata de una carga superior y extraordinaria, sobre todo si se tiene en cuenta la especial circunstancia que presenta el Estado Colombiano en materia de orden público…*

*A ese respecto es pertinente traer a colación la cláusula general de responsabilidad establecida en el artículo 90 de la Carta…*

*Es de acuerdo a esta disposición que se ha establecido jurisprudencialmente que sin perjuicio de las prestaciones establecidas en los ordenamientos especiales, el Estado debe responder por los daños causados a los soldados conscriptos vinculados en cualquiera de la (sic) modalidades establecidas en la Ley 48 de 1993, señalando al efecto que, los criterios de imputación a partir de los cuales se justifica la declaratoria de responsabilidad oscilan entre aquellos i) de naturaleza objetiva -tales como el daño especial o el riesgo excepcional- y ii) la falla del servicio…*

*En el presente caso se tiene* ***que el régimen de imputación es el del daño especial pues aunque el daño fue causado por un tercero ajeno a la Institución, por las condiciones especiales de sujeción que reviste el auxiliar de Policía lesionado, no se encontraba en la obligación constitucional ni legal de soportar el daño que le fue causado en ejercicio de la prestación de su servicio militar obligatorio****>>[[36]](#footnote-36) (se resalta)*

26.1.- Además, estima la Sala, contrario a lo indicado en la demanda que, el tribunal demandado, en el fallo del 28 de enero de 2021, realizó un análisis en conjunto del material probatorio obrante en el expediente de reparación directa, tal como se evidencia a continuación:

*<<****3.5. De lo probado en el proceso***

*De conformidad con los elementos de prueba obrantes en el plenario, para la Corporación se encuentran acreditados los siguientes hechos:*

*-Que el señor FREDY JAVIER DÍAZ DORADO, prestó su servicio militar obligatorio en la Policía Nacional, desde el 30 de noviembre de 2013 hasta el 29 de mayo de 2015.*

*-Al momento de su ingreso a la institución policial, indicó que no había sufrido o sufría ninguna patología, al referenciar su historia médico personal.*

*-En la valoración médica de ingreso llevada a cabo el 8 de noviembre de 2013, se registró que el señor DIAZ DORADO presentaba normalidad en sus extremidades y columna.*

*-Por su parte, en la valoración físico atlética y morfo funcional, obtuvo una calificación “ACEPTABLE (60-75).*

*-De igual manera, en la calificación de la capacidad psico física del demandante, al momento del ingreso a la institución, se reportó la normalidad de sus extremidades y columna.*

*-El Comandante del Departamento de Policía Cauca, mediante oficio No. S-2018-043553/COMAN-ASJUR-1.10 del 25 de septiembre de 2018, certificó que una vez verificada la base de datos de la Oficina de Asuntos Jurídicos, no se evidenció que se hubiera realizado informe prestacional por lesión al señor Díaz Dorado, teniendo en cuenta que no se informó la novedad acaecida el día 10 de noviembre de 2014, donde, aparentemente había resultado lesionado. (…)*

*-En el formulario II de Seguimiento, se registró el desarrollo humano del señor Fredy Javier al interior de la institución policial, quedando anotado frente a sus exámenes, capacidad física e instrucción, lo siguiente:*

*(…)*

*-El señor FREDY JAVIER DIAZ DORADO, fue objeto de múltiples atenciones médicas: si bien en la que le fue dispensada en la Dirección de Sanidad el 7 de octubre de 2014, acudió por “disuria de ardor”, en esta ocasión no se evidenció ningún tipo de afectación, al examen físico, de la espalda del paciente.*

*-El demandante también fue atendido, en las fechas 10 y el 21 de noviembre de 2014, en la ESE NORTE 3, por el servicio de consulta externa, oportunidades en las que se consignó:*

*“10-11-14: Peso: 60kg – Talla: 164 cm- TA 100/50*

*MC: Tengo (ilegible)*

*EA: Cuadro (ilegible) de 1 mes de evolución con lumbago generalizado, paciente con antecedente de 2 años de evolución con (ilegible) columna dolor lumbar. (…)*

*21-11-14: Paciente presenta desde hace 8 meses está presentando episodios de dorsalgia por lo cual con resultados (ilegible) se encuentra escoliosis de 5 grado a la izquierda.*

*IDX: Dorsalgia*

*(remitir a ortopedia)”.*

*-También asistió al servicio de consulta externa especializada en el Hospital Francisco de Paula Santander de Santander de Quilichao, el 20 de diciembre de 2014, donde el médico especialista en ortopedia y traumatología, en la anamnesis, explicitó “dolor lumbar, 2 meses de evolución, que se relaciona con la actividad física, entrenamiento de policía.” En esta oportunidad, el galeno observó, al examen físico, la anormalidad de la espalda del paciente, determinada así “Espalda, sin alteraciones de las curvas, espasmos para lumbar izquierdo. No irradiado”, y diagnosticando una “ruptura traumática de disco intervertebral lumbar”.*

*- El 29 de mayo de 2015, en la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, de conformidad con el artículo 4 del Decreto Ley 1796 de 2000, se llevó a cabo al actor el examen de retiro o licenciamiento, donde se reportó, en el sistema osteomuscular “dolor paravertebral con limitación, flexión” y se anotó “Pendiente escoliosis y dolor lumbar de 6m evolución traer H. Clínica”, pero, además, se describió un buen estado general y el diagnostico de “PACIENTE SANO”.*

*- El Grupo de Medicina Laboral Cauca de la Policía Nacional, practicó, el 04 de abril de 2019, la Junta Médico Laboral No. 1468, al señor FREDY JAVIER DÍAZ DORADO, donde se consignó: (…)>>[[37]](#footnote-37)*

26.2.- Así, analizando el caso concreto, empezó por determinar que en el presente asunto, el daño estaba constituido por la afectación de salud del señor Díaz Dorado, con ocasión de la supuesta lesión de espalda que le fue diagnosticada el 10 de noviembre de 2014, mientras se encontraba prestando servicio militar[[38]](#footnote-38), aspecto del juicio de responsabilidad que encontró acreditado, teniendo en cuenta el contenido de la historia clínica allegada al plenario donde fue diagnosticado con lesión lumbar, escoliosis y ruptura traumática de disco intervertebral lumbar. Igualmente, tuvo en cuenta lo dispuesto en el examen de retiro del 29 de mayo de 2015, en el que *“se enunció que padecía un dolor paravertebral con limitación, flexión”[[39]](#footnote-39)*.

26.3.- A continuación, analizó lo concerniente a la imputación del daño contra la Policía Nacional, poniendo de presente que, para que el daño demandado pudiera ser imputado al Estado, era necesario demostrar que provino directamente de haber prestado servicio militar, aspecto que no fue probado en el proceso, pues si bien de las pruebas se colegía que el señor Díaz Dorado estuvo en la Policía Nacional como auxiliar bachiller entre el 30 de noviembre de 2013 y el 29 de mayo de 2015, y el 10 de noviembre de 2014 fue diagnosticado con escoliosis: i) al momento de ingresar a la Policía, obtuvo una valoración físico-atlética normal, ii) no se realizó informe administrativo por lesiones en atención a que el demandante no informó de su lesión al comandante o jefe respectivo dentro de los dos meses siguientes a su ocurrencia, iii) en ningún momento usó los servicios médicos que presta la entidad demandada para obtener la atención médica que requería, y iv) la Junta Médico Laboral de Policía en Acta No. 1468 de 2019 determinó que su patología era de origen común, decisión que no fue recurrida y quedó en firme[[40]](#footnote-40).

26.4.- Con todo, concluyó que, no obraba elemento probatorio que permitiera desvirtuar la conclusión de la Junta Médica, o, en otras palabras, *“que la “ruptura traumática de disco intervertebral lumbar” que le fue diagnosticada al demandante por médico especialista el 20 de diciembre de 2014, no tiene un vínculo directo con la prestación de su servicio militar obligatorio”[[41]](#footnote-41)*.

27.- Así, al examinar el contenido de la decisión cuestionada, se advierte que, en virtud del principio de la libre apreciación de la prueba que rige en materia procesal[[42]](#footnote-42), el juez ordinario no incurrió en una falta de valoración probatoria; por el contrario, por medio del estudio en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente de reparación directa, efectuó el análisis probatorio correspondiente y encontró bajo fundamentos legales que la lesión lumbar del señor Díaz Dorado no devino de la prestación del servicio militar obligatorio.

28.- Por otra parte, en relación con el desconocimiento del precedente, se reitera que los actores consideran que se dejó de tener en cuenta lo dispuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 3 de febrero de 2010, en el expediente No. 18001-23-31-000-1996-00770-01(17543), se desconoció lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-011 de 2017 sobre la especial obligación que tiene el Estado de resarcir los daños generados a los soldados conscriptos estando bajo su custodia, lo que se relaciona directamente con lo dispuesto en las sentencias dentro de los procesos 52001-23-31-000-2001-00559-01 (2007) y 68001-23-15-000-1998-00468-01 (31499), proferidas por el Consejo de Estado.

28.1.- Sobre el particular, se advierte que los demandantes, sin adelantar el análisis correspondiente, alegan que las referidas providencias constituyen precedente aplicable para su caso. A no dudarlo, esta imputación le imponía al apoderado judicial de la parte actora la carga de establecer con certeza y claridad si existe una línea hermenéutica vinculante y consolidada, aplicada de manera consistente y sostenida, qué sentencias la conformaban y de qué forma lo decidido por la autoridad judicial dentro del proceso contencioso administrativo de reparación directa resultaba contrario a la postura jurisprudencial establecida por ella misma o por su superior jerárquico.

28.2.- Con todo, aun si en gracia de discusión se admitiera que la acusación que fundó la entidad accionante se corresponde con la presunta configuración de un defecto por *desconocimiento del precedente*, esta Sala considera que la decisión sometida a examen en esta oportunidad no comporta una actuación arbitraria o abusiva del Tribunal Administrativo del Cauca y, por el contrario, encuentra que la misma fue proferida dentro del marco de la autonomía e independencia judicial, sustentándose en disposiciones claramente aplicables al caso concreto, con apoyo en el material probatorio aportado al proceso y ajustado al procedimiento establecido para tramitar el medio de control de reparación directa, según las previsiones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de asuntos.

28.3.- Al respecto, es importante señalar que lo dispuesto en sentencia de segunda instancia dentro del proceso con radicado No. 18001-23-31-000-1996-00770-01(17543) M.P. Myriam Guerrero de Escobar, no era precedente aplicable al caso concreto, en atención a la diferencia fáctica entre dicho asunto y el que se discute. En efecto, en dicha oportunidad, se decidió el recurso de apelación formulado en el proceso de reparación directa formulado por un soldado conscripto y su familia contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en atención a las lesiones de espalda que dicho servidor sufrió prestando servicio militar en San Vicente del Caguán, en operativos de registro y control en la zona, al caer desde su propia altura. En dicho caso se precisó que, a los 15 días del incidente, el soldado informó de su padecimiento a uno de sus superiores, quien lo remitió al servicio médico de Sanidad, pero en lugar de ser debidamente examinado, se le indicó *“que su dolor era miedo al equipo y que además se encontraba maltratado por la carga, y tan solo le recetó calmantes (4 inyecciones) que solucionarían el problema”*. No obstante, pasados unos meses fue hospitalizado y se encontró que padecía un trauma lumbar con secuela lumbalgia crónica y un trauma acústico con secuela hipoacusia derecha de 75 decibeles e hipoacusia izquierda de 30 decibeles, *“disfunciones que fueron ocasionadas a raíz del golpe recibido”*. Todo lo anterior, a juicio de los demandantes en dicha ocasión, configuró falla en la prestación del servicio imputable a la entidad demandada, por omitir pronta y adecuada atención médica para el soldado.

28.4.- Como se advierte, el diagnóstico de ambos accionantes es diferente, las posibles causas del mismo y más especialmente, que, en el caso descrito, el soldado fue atendido por el personal médico de Sanidad del Ejército en atención a que este informó del accidente y el dolor que padecía en la espalda, no obstante, se comprobó que la entidad fue negligente al brindar los servicios médicos que requería. A diferencia del presente asunto, donde se discutió el origen de la enfermedad padecida por el señor Díaz Dorado al haber este omitido informar a su superior sobre su enfermedad, por un miedo infundado de ser retirado del servicio, alegado por su apoderado únicamente en el escrito de impugnación de tutela, sin que tampoco fuera materia de pronunciamiento por el juez natural, y frente al cual no se allegó prueba alguna.

28.5.- Con respecto a las demás sentencias mencionadas por la parte actora como precedente aplicable desconocido por el Tribunal Administrativo del Cauca, se advierte que estas versan sobre la responsabilidad especial que tiene el Estado frente a los soldados que prestan obligatoriamente su servicio militar, en atención a la disposición de su libertad individual y las excesivas cargas que deben soportar. Al respecto, la Sala considera que dichos postulados jurisprudenciales no fueron desconocidos por la autoridad judicial demandada, pues en el fallo del 28 de enero de 2021, en el acápite titulado *“3.4. El régimen de responsabilidad aplicable a quienes prestan servicio militar obligatorio”*, expresamente advirtió que el Consejo de Estado ha precisado en distintas oportunidades las diferencias existentes entre el régimen de responsabilidad aplicable a los eventos de daños causados a miembros de la Fuerza Pública que ingresan al servicio en calidad de conscriptos, es decir, son reclutados de forma obligatoria, y el de quienes ingresan voluntariamente[[43]](#footnote-43). Lo anterior, en atención a que la voluntad de los conscriptos se ve doblegada, pues se le somete a la imposición de una carga, en virtud de la cual el Estado debe responder por su integridad psicofísica.

29.- Visto lo anterior, estima esta Sala que las presuntas deficiencias alegadas respecto de la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la providencia objeto de reproche, responden, en realidad, a una mera discrepancia valorativa sobre la responsabilidad estatal por la lesión sufrida por el señor Fredy Javier Díaz Dorado, que no es susceptible de admitirse como una causal de procedibilidad especial, pues siempre que se trate de interpretaciones diversas y razonables, se reitera que es el juez natural el llamado a fijar aquella que mejor se ajuste al caso de que se trate, de acuerdo con los criterios de la sana crítica y en virtud de su autonomía e independencia.

30.- Por lo expuesto anteriormente, tal como lo advirtió el juez de primera instancia, se estima que la acción de tutela que se examina no cumple con los requisitos generales de subsidiariedad y relevancia constitucional, máxime porque su objeto es restablecer un debate tramitado y concluido en las instancias respectivas, lo que desnaturaliza su finalidad como mecanismo supletivo de protección de los derechos fundamentales.

31.- En ese sentido, al no cumplirse dos de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial -*subsidiariedad y relevancia constitucional*-, habrá de confirmarse la sentencia de 16 de julio de 2021 dictada por la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado.

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

**III.- F A L L A**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de julio de 2021, por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.

**TERCERO:** **ENVIAR** a la Corte Constitucional el expediente para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE[[44]](#footnote-44)  
**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

1. Decisión que fue notificada el 8 de febrero de 2021. [↑](#footnote-ref-1)
2. Radicación número: 19001-33-33-009-2016-00278-01 [↑](#footnote-ref-2)
3. Expediente digital, Folios 2 al 8 del escrito de demanda.

   [↑](#footnote-ref-3)
4. Expediente digital, Folios 1 a 5 del escrito de demanda. [↑](#footnote-ref-4)
5. Expediente digital, Folio 74 del Cuaderno Principal dentro del expediente con radicado No: 19-001-33-33-009-2016-00278-01 [↑](#footnote-ref-5)
6. Expediente digital, Folio 80 del Cuaderno Principal dentro del expediente con radicado No: 19-001-33-33-009-2016-00278-01 [↑](#footnote-ref-6)
7. Expediente digital, Folio 85 del Cuaderno Principal dentro del expediente con radicado No: 19-001-33-33-009-2016-00278-01 [↑](#footnote-ref-7)
8. Expediente digital, Folio 81 del Cuaderno Principal dentro del expediente con radicado No: 19-001-33-33-009-2016-00278-01 [↑](#footnote-ref-8)
9. Expediente digital, Folio 75 de los anexos al escrito de demanda. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ídem. [↑](#footnote-ref-10)
11. Expediente digital, Folio 17 del escrito de demanda. [↑](#footnote-ref-11)
12. Expediente digital, Folio 22 del escrito de demanda. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ídem. [↑](#footnote-ref-13)
14. Expediente digital, intervención contenida en 10 folios. [↑](#footnote-ref-14)
15. Expediente digital, intervención contenida en 1 folio, con los respectivos poderes como anexo. [↑](#footnote-ref-15)
16. Expediente digital, intervención contenida en 5 folios. [↑](#footnote-ref-16)
17. “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo [86](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#86) de la Constitución Política”. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de julio de 2012, exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de febrero de 2017, exp. 11001-03-15-000-2016-03336-00 (AC). [↑](#footnote-ref-20)
21. Sentencia T-079 de 2010 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-21)
22. Con relación a este aspecto, se indica en la sentencia hito en la materia (C-590 de 2005), lo siguiente: *“En este sentido es muy importante reiterar que la acción de tutela no puede ser un mecanismo que sirva para que el juez constitucional pueda desplazar al juez ordinario en la decisión de la respectiva causa. En efecto, por esta vía no puede el juez de tutela convertirse en el máximo intérprete del derecho legislado ni suplantar al juez natural en su función esencial como juez de instancia. Lo que sin embargo sí habilita la tutela es la vigilancia de la aplicación judicial al caso concreto de los derechos fundamentales pertinentes y, en especial, del derecho al debido proceso y de acceso a la administración de justicia”*. [↑](#footnote-ref-22)
23. Estos son de competencia exclusiva de los jueces que integran las demás jurisdicciones distintas a la constitucional; por tanto, la competencia del juez de tutela se limita a aquellos casos en que existan afectaciones o vulneraciones de derechos fundamentales. Tal como se ha reiterado en la jurisprudencia constitucional, *“la definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional”*. Cfr, Sentencias T-1044 de 2007, T-658 de 2008, T-505 de 2009, T-610 de 2009, T-896 de 2010, T-040 de 2011, T-338 de 2012, T-512 de 2012, T-543 de 2012, T-1061 de 2012, T-931 de 2013, T-182 de 2014 y T-406 de 2014 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-23)
24. Tal como lo consideró la Sala Plena, en la sentencia hito en la materia (C-590 de 2005), *“los fundamentos de una decisión de tutela contra una sentencia judicial deben aclarar con transparencia la relevancia iusfundamental del punto que se discute y el juez debe contraerse a estudiar esta cuestión y ninguna otra. No se trata entonces de un mecanismo que permita al juez constitucional ordenar la anulación de decisiones que no comparte o suplantar al juez ordinario en su tarea de interpretar el derecho legislado y evaluar las pruebas del caso. De lo que se trata es de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual para proteger los derechos fundamentales de quien luego de haber pasado por un proceso judicial se encuentra en condición de indefensión y que permite la aplicación uniforme y coherente -es decir segura y en condiciones de igualdad- de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos del derecho”*. [↑](#footnote-ref-24)
25. En este sentido, la Corte ha exigido que, “*teniendo en cuenta que la tutela contra providencias judiciales no da lugar a una tercera instancia, ni puede reemplazar los recursos ordinarios, es necesario que la causa que origina la presentación de la acción suponga el desconocimiento de un derecho fundamental*”. Cfr. Sentencia T-102 de 2006 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-25)
26. Es de anotar que la jurisprudencia constitucional en torno a las vías de hecho evolucionó para comprender situaciones que no despojaban a la providencia de su condición de tal, pero que aún llevaban a un desconocimiento de derechos fundamentales, por lo cual se cambió el vocablo de vía de hecho por causal específica de procedibilidad. Cfr. Sentencias T-774 de 2004 y T-453 de 2005 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-26)
27. Sentencia T-297 de 2020 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-27)
28. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 7 de diciembre de 2016, exp. 2016 00134-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 7 de diciembre de 2016, exp. 2016-02213-01; sentencia de 24 de noviembre de 2016, exp. 2016-02568-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de noviembre de 2016, entre otras. Cfr. Sentencias de la Corte Constitucional SU-556 de 2016, SU-542 de 2016 y SU-490 de 2016. [↑](#footnote-ref-28)
29. “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

    *(…) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (…)*”. (se destaca)*.* [↑](#footnote-ref-29)
30. “*Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:*

    *1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (…)*” [↑](#footnote-ref-30)
31. Sentencia C-543 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [↑](#footnote-ref-31)
32. Sentencia T-211 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [↑](#footnote-ref-32)
33. Sentencia T-322 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-33)
34. Sentencia SU-770 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-34)
35. Sentencia del 5 de agosto de 2014 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado. Radicado número: 11001 03 15 000 2012 02201 01 (IJ). [↑](#footnote-ref-35)
36. Expediente digital, Folios 1 a 3 de los alegatos de conclusión presentados ante el Tribunal Administrativo del Cauca el 4 de febrero de 2020, dentro del expediente con radicado No. 19-001-33-33-009-2016-00278-01. [↑](#footnote-ref-36)
37. Expediente digital, Folios 11 a 14 de la providencia cuestionada. [↑](#footnote-ref-37)
38. Expediente digital, Folio 15 de la providencia cuestionada. [↑](#footnote-ref-38)
39. Ídem. [↑](#footnote-ref-39)
40. Expediente digital, Folios 18 y 19 de la providencia cuestionada. [↑](#footnote-ref-40)
41. Expediente digital, Folio 19 de la providencia cuestionada. [↑](#footnote-ref-41)
42. *“****ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS.*** *Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*

    *El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.”* [↑](#footnote-ref-42)
43. Expediente digital, Folio 10 de la providencia enjuiciada. [↑](#footnote-ref-43)
44. VF

    Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador> [↑](#footnote-ref-44)