

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA / ACCIÓN DE REPETICIÓN DE LA CONDENA JUDICIAL / MUERTE DE AGENTE DEL ESTADO CON ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de 31 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander en la acción de repetición de la referencia, en la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, por considerar que el agente demandado actuó con culpa grave, dando lugar al pago asumido por el Estado.

COMPETENCIA DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

En los términos del artículo 184 del C.C.A., la Sala es competente para conocer del presente asunto en grado jurisdiccional de consulta por cuanto la sentencia de primera instancia no fue apelada y se profirió en contra de quien estuvo representado por curador ad litem, razón por la cual en esta instancia debe revisarse tal determinación.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 184

VALORACIÓN DE LA PRUEBA TRASLADADA - Procedencia

Se valorarán las pruebas documentales trasladadas que forman parte de la investigación penal, disciplinaria y penal militar adelantadas contra el agente demandado, con base en lo dispuesto en el artículo 174 del Código General del Proceso, según el cual “las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 174

DOLO - No probado / CULPA PERSONAL DEL AGENTE - No acreditada / REINTEGRO DE CONDENA – Improcedente

Se revocará el fallo apelado porque la Sala estima que no se demostró que el Agente demandado hubiese obrado con dolo o con culpa grave al causar el daño a la víctima, razón por la cual no es procedente condenarlo a reintegrar lo pagado por el Estado para indemnizarlo en los términos del artículo 90 de la C.P.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL AGENTE / SENTENCIA PENAL CONDENATORIA - No debe tratarse como prueba documental / TRÁNSITO A COSA JUZGADA / COSA JUZGADA PENAL ABSOLUTA / IDENTIDAD DE PARTES - No previsto en sentencias penales

Al juzgarse la responsabilidad patrimonial del agente con fundamento en lo dispuesto en la segunda parte de la norma en cita que exige acreditar que éste haya obrado con dolo o culpa grave, la existencia de una sentencia penal de condena debe ser considerada para establecer este presupuesto, dado el carácter de cosa juzgada que ella reviste. La sentencia penal de condena no debe tratarse como una prueba documental sino como una decisión adoptada por una autoridad

jurisdiccional que hace tránsito a cosa juzgada en la medida en que versa sobre presupuestos similares sin que puedan coexistir dos decisiones judiciales contradictorias sobre los mismos. (...) Dicha providencia no debe tratarse como una prueba documental sino como una decisión adoptada por una autoridad jurisdiccional que hace tránsito a cosa juzgada, punto en el que se precisa que la ley no sujeta el efecto de cosa juzgada penal de la sentencia penal a la condición prevista frente a las sentencias proferidas en otros procesos judiciales, en los que se exige la identidad de partes y se concluye que el fallo solo es oponible a quienes participaron en el proceso en el que se dictó, razón por la cual se señala que la cosa juzgada penal no es relativa sino absoluta. Ese requisito de la identidad de partes - contemplado para las sentencias civiles en el artículo 332 del C.P.C.- no está previsto para las penales porque estas se profieren en un proceso público en el que la acusación está a cargo de una entidad que tiene tal naturaleza.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 332

CONDENA PENAL POR DOLO - Prueba suficiente para dar por demostrado este elemento en la demanda de repetición / CONDENA PENAL POR CULPA - No configura culpa grave del agente

Frente a los agentes estatales la condena penal con fundamento en el dolo hace tránsito a cosa juzgada y en la acción de repetición no podrá desconocerse la sentencia penal para absolver al agente que ha sido condenado a ese título. Ello también quiere decir que para condenar al agente en la acción de repetición, la sentencia de condena a título de dolo es prueba suficiente para dar por demostrado este elemento. No puede afirmarse lo mismo en relación con la sentencia penal de condena a título de culpa, en la medida en el artículo 90 de la C.P. exige la prueba de la culpa grave y no simplemente de la culpa que exige el Código Penal, razón por la cual, aun si el agente estatal fue condenado penalmente a título de culpa, será el Juez de la acción de repetición quien deberá determinar si el daño por el cual se persigue su responsabilidad fue causado con la culpa grave que exige la norma constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

MUERTE CAUSADA POR AGENTE DE LA POLICÍA - Derivada de conducta negligente constitutiva de culpa / MANEJO DE ARMAS DE GUERRA - Uso imprudente / INEXISTENCIA DE LA CULPA GRAVE / RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL AGENTE - No probada

Para la Sala resulta evidente que el agente demandado dio muerte a otro uniformado y aunque no está acreditado que obró con la intención de causarla, queda claro que actuó con culpa: portaba el arma oficial sin seguro y cargada; el arma se disparó y causó la muerte de la víctima. Si bien dicha actuación revela una conducta negligente constitutiva de culpa en la medida en ocurrió como consecuencia del imprudente manejo de un arma de fuego, a la misma no se le puede asignar la categoría de culpa grave exigida por el artículo 90 constitucional, con las características de esta forma de culpabilidad antes señaladas. Por lo tanto, la Sala revocará la sentencia proferida por el Tribunal que accedió a las pretensiones de la demanda y lo condenó al pago del acuerdo conciliatorio asumido por la entidad accionante.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D. C., quince (15) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 54001-23-31-000-2003-00797-01(59199)

Actor: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL

Demandado: JULIO CÉSAR LÓPEZ PÉREZ

Referencia: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - REPETICIÓN

Tema: Culpa sin la gravedad que exige el artículo 90 constitucional

No observándose irregularidad que invalide la actuación, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de 31 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander en la acción de repetición de la referencia, en la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, por considerar que el agente demandado actuó con culpa grave, dando lugar al pago asumido por el Estado.

La parte resolutive de la sentencia expresa:

“Primero.- Declárase la responsabilidad patrimonial del entonces patrullero de la Policía Nacional Julio César López Pérez, quien con su conducta gravemente culposa causó la condena del Estado a la reparación patrimonial del daño.

Segundo.- Condénase al ex agente de la Policía Nacional, Julio César López Pérez, en materia de acción de repetición por los perjuicios causados al Estado por culpa grave, la suma de OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$85.535.298), a favor de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, suma que será actualizada a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

Tercero.- Deniégnse las demás prestaciones (sic) de la demanda.

Cuarto.- Devuélvase a la parte actora la suma consignada para gastos del proceso o su remanente.

Quinto.- La parte condenada deberá darle cumplimiento a la presente sentencia en los términos establecidos en los artículos 334 y 335 del C.P.C.

Sexto.- Si la presente sentencia no es apelada consúltese al Consejo de Estado, de acuerdo al artículo 184 del C.C.A.”

I. ANTECEDENTES

1.- El proceso tuvo origen en la demanda presentada el 27 de junio de 2003 por la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, contra el patrullero de la policía Julio César López Pérez, para que se declarara su responsabilidad patrimonial y, como consecuencia, reintegrara lo pagado por la entidad, en virtud de un acuerdo conciliatorio aprobado judicialmente, en el cual se convino el pago de daños como consecuencia de los hechos ocurridos el 29 de mayo de 1999, relacionados con la muerte de su compañero Rodrigo Martínez Alfonso. En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

“1.- Que el señor JULIO CESAR LÓPEZ PÉREZ identificado con la C.C. 9.398.210 de Sogamoso, es civil y administrativamente responsable por culpa grave en su actuar el día 29 de mayo de 1999, frente a los hechos que dieron lugar a la condena contra La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, dentro del expediente 2000-1672 del H. Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

2.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al señor JULIO CESAR LÓPEZ PÉREZ al pago total de la suma que La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional fue condenada a pagar a las víctimas del perjuicio o del monto de lo que le correspondiere, según lo estime la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pago que deberá realizar a favor de La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

3.- Que la sentencia que ponga fin al presente proceso sea de aquellas que reúnan los requisitos exigidos por los artículos 68 del C.C.A. y 488 del C.P.C.

4.- Que el monto de la condena que se profiera contra el señor JULIO CESAR LÓPEZ PÉREZ sea actualizado hasta el momento del pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.

5.- Que se condene en costas al demandado”.

2.- En la demanda se afirmó que el 29 de mayo de 1999, en las instalaciones del Comando del Departamento de Policía de Norte de Santander, el agente de policía Julio César López Pérez disparó su arma de dotación oficial contra su compañero de armas el patrullero Rodrigo Martínez Alfonso, causándole la muerte.

3.- Por lo anterior, los familiares de la víctima demandaron al Estado la reparación de los daños causados. En el curso del proceso, las partes llegaron a un acuerdo y en la conciliación, la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional se comprometió a pagar la suma de cuarenta y dos millones seiscientos treinta y dos mil ciento cincuenta y cinco pesos con setenta y siete centavos m/cte. (\$42.632.155,77).

4.- Mediante resolución N° 00674 de 24 de diciembre de 2001, la Dirección Administrativa de la Policía Nacional ordenó el cumplimiento del acuerdo y la cancelación de la suma antes señalada.

5.- El pago efectivo se cumplió el 27 de diciembre de 2001, mediante orden de egreso N° 26869 (fls. 3-7 c. 1).

6.- El demandado no compareció al proceso, razón por la cual le fue designado curador *ad litem*, quien contestó de manera extemporánea (fl. 88 c. 1).

7.- El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia de 31 de enero de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que el agente estatal actuó con culpa grave, por cuanto el hecho dañoso que dio lugar a la erogación patrimonial para la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional fue desencadenado por una conducta negligente, temeraria y violatoria del deber objetivo de cuidado, desplegada por el accionado en su condición de agente del Estado.

8.- El Tribunal consideró que ello quedó demostrado con las sentencias proferidas por la justicia penal militar, en las que se encontró acreditado que el arma de dotación oficial que portaba el agente Julio César López Pérez se accionó accidentalmente por una manipulación imprudente en el momento en que iba a ser entregada al encargado del armerillo, cargada y sin estar asegurada; el disparo impactó en la humanidad del patrullero Rodrigo Martínez Alfonso, razón por la cual el agente fue declarado responsable por el delito de homicidio culposo.

9.- En atención a que la sentencia no fue apelada, el demandado fue condenado y estuvo representado por curador *ad litem*, el Tribunal ordenó remitir la actuación a esta Corporación para tramitar el grado jurisdiccional de consulta (fls. 141 y 144 c. ppal.).

II. CONSIDERACIONES

10.- En los términos del artículo 184 del C.C.A., la Sala es competente para conocer del presente asunto en grado jurisdiccional de consulta por cuanto la sentencia de primera instancia no fue apelada y se profirió en contra de quien estuvo representado por curador *ad litem*, razón por la cual en esta instancia debe revisarse tal determinación.

11.- Se valorarán las pruebas documentales trasladadas que forman parte de la investigación penal, disciplinaria y penal militar adelantadas contra el agente demandado, con base en lo dispuesto en el artículo 174 del Código General del Proceso, según el cual *“las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”*.

12.- Con fundamento en estos medios de prueba se revocará el fallo apelado porque la Sala estima que no se demostró que el Agente demandado hubiese obrado con dolo o con culpa grave al causar el daño a la víctima, razón por la cual no es procedente condenarlo a reintegrar lo pagado por el Estado para indemnizarlo en los términos del artículo 90 de la C.P.

13.- Al juzgarse la responsabilidad patrimonial del agente con fundamento en lo dispuesto en la segunda parte de la norma en cita que exige acreditar que éste haya obrado con *dolo o culpa grave*, la existencia de una sentencia penal de condena debe ser considerada para establecer este presupuesto, dado el carácter de cosa juzgada que ella reviste. La sentencia penal de condena no debe tratarse como una *prueba documental* sino como una decisión adoptada por una autoridad jurisdiccional que hace tránsito a cosa juzgada en la medida en que versa sobre presupuestos similares sin que puedan coexistir dos decisiones judiciales contradictorias sobre los mismos. La legislación procesal penal acogió este

principio de manera expresa en la Ley 600 de 2000 (que es una norma que no se encontraba vigente en el momento en el que se profirió la sentencia penal en este caso) la cual dispuso en su artículo 59 que, <<cuando no se hubiere constituido parte civil y se condene al procesado, la responsabilidad no podrá ser discutida en el proceso civil, debiendo limitarse éste a la clase y monto de los perjuicios>>. Y posteriormente la Ley 678 de 2001 al regular la acción de repetición, dispuso en su artículo 5 que el dolo en el Agente Estatal se presumía cuando éste hubiese sido declarado <<penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado>>.

14.- Dicha providencia no debe tratarse como una *prueba documental* sino como una decisión adoptada por una autoridad jurisdiccional que hace tránsito a cosa juzgada, punto en el que se precisa que la ley no sujeta el efecto de cosa juzgada penal de la sentencia penal a la condición prevista frente a las sentencias proferidas en otros procesos judiciales, en los que se exige la *identidad de partes* y se concluye que el fallo solo es oponible a quienes participaron en el proceso en el que se dictó, razón por la cual se señala que la cosa juzgada penal no es relativa sino *absoluta*. Ese requisito de la identidad de partes - contemplado para las sentencias civiles en el artículo 332 del C.P.C.- no está previsto para las penales porque estas se profieren en un proceso público en el que la acusación está a cargo de una entidad que tiene tal naturaleza.

15.- En lo relativo a la *culpabilidad* del sindicado, la doctrina indica que la sentencia penal hace tránsito a cosa juzgada partiendo de la regla según la cual si está probada la culpabilidad para sancionar debe entenderse probada la culpa para condenar.

<<En lo que concierne a la culpa en la comisión de un delito, es notorio que la conducta hace tránsito a cosa juzgada. La culpa penal y la culpa civil son conceptualmente iguales y si existe culpa en la comisión del delito criminal no puede considerarse que no exista como fuente de resarcimiento, habida cuenta de que ella se juzga más severamente en el proceso penal para no condenar a un inocente. Es decir que si puede hacerse un juicio de reprochabilidad en la conducta del procesado en la comisión de un delito no puede dejar de hacerse el mismo juicio para imponerle el resarcimiento del daño>>¹.

¹ Bustamante Alsina, Jorge, Responsabilidad civil y otros estudios, Abeledo Perrot, 1984, p. 326.

16.- Esta conclusión, que resulta válida para la responsabilidad *civil* de los particulares, la cual se fundamenta exclusivamente en la culpa (art. 2341 C.C.) no puede trasladarse automáticamente a la responsabilidad de los agentes estatales los cuales responden, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la C.P. Para imponer a los agentes estatales la obligación de restituir lo pagado por el Estado no es suficiente acreditar que obraron con *culpa*, sino que es necesario demostrar que obraron con *dolo o culpa grave*.

17.- Así las cosas, frente a los agentes estatales la condena penal con fundamento en el *dolo* hace tránsito a cosa juzgada y en la acción de repetición no podrá desconocerse la sentencia penal para absolver al agente que ha sido condenado a ese título. Ello también quiere decir que para condenar al agente en la acción de repetición, la sentencia de condena a título de dolo es prueba suficiente para dar por demostrado este elemento.

18.- No puede afirmarse lo mismo en relación con la sentencia penal de condena a título de *culpa*, en la medida en que el artículo 90 de la C.P. exige la prueba de la *culpa grave* y no simplemente de la *culpa* que exige el Código Penal, razón por la cual, aun si el agente estatal fue condenado penalmente a título de culpa, será el Juez de la acción de repetición quien deberá determinar si el daño por el cual se persigue su responsabilidad fue causado con la *culpa grave* que exige la norma constitucional.

19.- A la luz de lo dispuesto en el artículo 23 del Código Penal <<la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente (i) debió haberlo previsto por ser previsible, (ii) o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo>>. Así las cosas, no siempre que se demuestre la culpa penal del agente puede tenerse por demostrado que su negligencia fue de tal magnitud que permita presumir el dolo en su actuación. La demostración de la culpa grave impone contar con medios de prueba que permitan deducir que el agente conocía el daño que podía generar su acto (no solo que debía conocerlo) no obstante lo cual obró sin tomar las precauciones necesarias para evitar su ocurrencia y, así no se acredite que quiso causarlo, es necesario probar que el grado de negligencia que acompañó su conducta fue de tal magnitud que permite presumir tal intención.

20.- En la acción de repetición no basta constatar que el agente estatal incumplió un deber legal o desconoció una regla establecida en el manual de funciones; es necesario examinar las circunstancias concretas dentro de las cuales ocurrieron los hechos para determinar si el agente obró con la intención de causar el daño o con una negligencia tan extrema que permita presumirlo.

21.- La doctrina se refiere a las nociones de dolo y culpa grave en los siguientes términos:

<<Haber tenido la intención de realizar un acto, de provocar un resultado, no es tan sólo haberse representado de antemano ese acto o ese resultado, haberlo esperado: la intención en el lenguaje corriente supone una voluntad dirigida hacia una finalidad, el deseo de ver que se realice una consecuencia determinada.

<<El derecho francés se mantiene, pues, fiel a la concepción tradicional del dolus romano. El delito se caracteriza por la malignidad, por la intención maliciosa, por el deseo, en el responsable de perjudicar a otro...

<<Sin embargo, por medio de un rodeo, el derecho francés parece volver, al menos en cierto grado a la teoría de la representación, a contentarse con la previsibilidad del daño, sin exigir la intención de causarlo. Eso es lo que parece resultar de la asimilación de la culpa grave o lata con el dolo.

<<Ese principio introducido en derecho romano en la forma e interpolación en la esfera de la responsabilidad contractual, al mismo tiempo que se creaba esa categoría nueva de la culpa denominada la culpa lata, no tardó en implantarse en el ámbito de la responsabilidad delictual, el único que se examina por ahora.

*<<La culpa grave entra en la categoría de las culpas, de lo que denominamos hoy los cuasidelitos; por consiguiente, de las culpas no intencionales: el autor del daño no ha deseado la realización del mismo. Entonces ¿por qué asimilarlo al delito, al dolus? **La razón tradicional de esta distinción está en que la negligencia o la imprudencia cometida es tan grosera, que apenas si es creíble que su autor no haya deseado, al obrar, causar el daño que se ha producido...** <<Para Jossierand, la culpa grave es “una enfermedad que revela la incapacidad, la ineptitud del culpable para cumplir con las obligaciones a las que está sujeto, con la misión contractual o extracontractual que le incumbe.” <<Si, en esta hipótesis, no se considerara que ha habido delito, se estaría desarmado ante los que negaran su mala intención y se atrincheraran detrás de su torpeza o de su inexperiencia. La maldad misma, como se ha dicho, adoptaría la máscara de la tontería. Para cortar por lo sano esa defensa, era necesario crear una presunción: la ley supone probada, en el autor de una culpa muy grave, la intención de dañar. Se advierte así que la asimilación de la culpa lata con el dolo no es un retorno disimulado a la teoría de la representación; es una regla que se aplica en el terreno de la prueba. Pero esta presunción ¿es una presunción absoluta o relativa? ¿Puede ser combatida, o no puede serlo, por el responsable? Tan sólo son irrefragables las presunciones*

declaradas como tales por un precepto expreso. La presunción sentada por el adagio <<culpa lata dolo aequiparatur>> no puede ser, pues, sino relativa; se destruye con la prueba de la falta e intención maliciosa...>>.

*<<Sin embargo, la jurisprudencia se contenta con aplicar el principio tradicional de asimilación de la culpa cuasidelictual grave con la culpa delictual, sin distinguir según que la prueba de la falta de intención maliciosa se haya presentado o no. **Y es que, junto a la justificación habitual de la asimilación cabe dar otra más, válida al menos en ciertos supuestos: la imprudencia o la negligencia pueden ser tan graves, revelar una preocupación tan escasa por los intereses ajenos y a veces por su vida, que puede justificarse la misma severidad a su respecto que en relación con una culpa intencional.>>**²*

22.- En la propia jurisprudencia del Consejo de Estado que se cita en el fallo de primera instancia se lee sobre este particular:

*<<Frente a estos conceptos el Consejo de Estado ha dicho que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que **debe tener en cuenta las características particulares del caso** que debe armonizarse con lo previsto en los artículos 6 y 90 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos>>³.*

23.- La anterior posición fue con posterioridad reiterada en los siguientes términos:

*<<Es claro entonces que se trata de establecer **una responsabilidad subjetiva cualificada, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente**, por ello no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta⁴.*

<<Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional haya estipulado expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o exfuncionarios sólo rige en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo que podría

² H y L. Mazeaud, Tomo primero, volumen II, página 62.

³ Sentencia de 31 de agosto de 1999, exp. 10865, M.P. Ricardo Hoyos Duque. Posición reiterada en sentencias de 25 de agosto de 2011, exp. 20117, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 25 de marzo de 2015, exp. 35061, M.P. Hernán Andrade Rincón (e).

⁴ Sentencia de 23 de septiembre de 2009, M.P. Miriam Guerrero. Posición reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 36825.

conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública>>⁵.

24.- Y, bajo el mismo lineamiento, la Sección ha señalado:

<<El dolo y la culpa grave constituyen el elemento subjetivo que debe estar acreditado para que sea viable la acción de repetición, como quiera que se trata de una acción personal, en la cual se valora y juzga el comportamiento del funcionario, servidor público o agente estatal, en la producción de un determinado daño que ha sido previamente resarcido por la organización estatal⁶>>.

25.- En el presente asunto, si bien el demandado en repetición fue condenado penalmente, lo fue a título de culpa o simple negligencia, en la medida en que no aseguró su arma estando cargada y esta se accionó accidentalmente generando los resultados conocidos; tal circunstancia no configura la culpa grave necesaria para condenarlo a reintegrar lo pagado, en la medida en que no existen pruebas que evidencien que obró con un grado de negligencia tal que pueda inferirse del mismo la intención de causar el daño o, al menos, pueda deducirse que habiendo previsto que efectivamente este podía generarse no obró de otro modo. Lo que está demostrado en el proceso es la ocurrencia de un lamentable accidente en el que, así pueda imputársele culpa o negligencia al demandado, en modo alguno está probado que obrara con el grado de culpabilidad previsto en el artículo 90 de la C.P. para justificar su condena.

26.- La Sala tiene como prueba en este caso la propia versión del agente demandado, rendida en el curso del proceso penal adelantado en su contra, porque ella es concordante con las demás declaraciones y pruebas obrantes en dicho expediente. De acuerdo con la misma, el accidente ocurrió cuando el agente salía del batallón y cumplió con su deber de mostrarle el arma a su compañero que oficiaba de <<armerillo>>; el hecho de que los seguros estuvieran desactivados se explica porque el agente en ese momento estaba saliendo del batallón y era posible que se produjesen ataques desde el exterior.

27.- En la indagatoria del agente se lee sobre este particular:

⁵ Sentencia de 20 de septiembre de 2007, exp. 26708.

⁶ Sentencia de 11 de noviembre de 2013, M.P. Enrique Gil Botero, exp. 35529.

<<Como ya íbamos a salir entonces yo tenía la costumbre de mostrarle al armerillo MARTÍNEZ ALFONSO RODRIGO, a quien le decíamos PABLITO, el armamento que me asignaban a mí, le dije entonces a PABLITO mire PABLITO, como indicándole el arma y él alcanzó a decirme muestre Machito, cuando de pronto se disparó el arma y lo único que vi fue una nube roja, cuando me di cuenta que PABLITO estaba en el suelo (se deja constancia que el indagado solloza y angustiosamente declara) entonces yo me tiré sobre él y vi que le salía ese chorro de sangre tan impresionante, yo solté la UZI y con la mano como para taparle para que no le saliera sangre, eso fue horrible, le tomé el pulso, signos vitales y vi que estaba luchando contra lo imposible y me retiré y voltié a mirar porque ARCE gritó, este (..) la embarró, yo me arrodillé ante PABLITO y en ese momento llegó RAMÍREZ, él trataba de alzarme, ni yo mismo me podía parar, cuando me paré llegó mi Coronel J-3, yo ya estaba de pie y me empezó a requisar, yo le decía mi Coronel, yo no estoy armado, no estoy armado, sin embargo él me requisó y me llevó al armerillo de la guardia y empezaron a llegar los muchachos y empezaron a calmarme, que un accidente lo tiene cualquiera y en vista de que había mucha gente rodeándome y me llevaron para el subcomando. Todos mis compañeros estaban extrañadísimos porque yo soy de las personas más meticulosas con el armamento, inclusive cuando PABLITO necesitaba alguna consulta con respecto al armamento él me lo consultaba y me pedía una opinión>>.

28.- El agente sostuvo que no tuvo una discusión con el patrullero encargado del armerillo, con quien tenía una muy buena relación y afirmó que era su gran compañero y amigo (fls. 28-32 c. 2).

29.- La prueba anterior aparece respaldada con la declaración del agente Fabio Augusto Jiménez Celis ante la Fiscalía General de la Nación, que dio cuenta de las relaciones de amistad entre el agente y la víctima y de los vanos esfuerzos que éste hizo para intentar salvarle la vida y manifestó:

<<Yo no escuché ninguna discusión entre ellos porque no hubo ninguna y entre ellos se llevaban bien como compañeros y esa muerte fue un accidente, porque eso fue rápido y yo le dije a LÓPEZ que como iba a ser eso y él lloraba y se pegaba contra la cómoda>> (fls. 21-22 c. 2).

30.- De igual forma, el agente Elber Heladio Jeréz Ruíz sostuvo que vio a *<<LÓPEZ PÉREZ asustado, él tenía en ese momento el arma en la mano que era una subametralladora UZI de dotación de la Policía y en el mismo instante la dejó caer sobre una cama y él lo primero que hizo fue que gritó el nombre PABLITO, que era el apelativo que se le tenía a él de cariño y se fue al cuerpo donde estaba el tendido, y pidió que llamaran un carro y entonces ahí le estaba saliendo sangre por la cabeza y trató de taponarle la herida por donde salía la sangre con la mano>> (fls. 25-27 c. 2).*

31.- Por último, en los propios fallos de la justicia penal militar se da cuenta de la buena conducta del agente demandado y se establece con toda claridad que no se trató de un daño intencional; no puede afirmarse tampoco que, frente a las circunstancias concretas se hubiese podido concluir que el agente estuvo en condiciones de prever lo que ocurriría. Su culpa se dedujo – en abstracto – de la afirmación conforme con la cual los militares y policiales son instruidos sobre los riesgos que conlleva el porte de las armas de fuego.

32.- El Consejo Verbal de Guerra y el Tribunal Superior Militar, respectivamente, sancionaron penalmente al agente de policía por el delito de homicidio culposo y lo condenaron a la pena principal de dos (2) años de prisión y una multa de mil pesos.

33.- El Juzgado de Primera Instancia – Consejo Verbal de Guerra del Departamento de Policía de Norte de Santander, mediante sentencia de 25 de julio de 2000, encontró acreditada su responsabilidad, en la medida en que, habiendo recibido instrucción en el manejo de armas, no aseguró su fusil de dotación estando cargado, lo que habría podido evitar el resultado dañoso. Se lee sobre este particular:

“En el caso de marras donde se presentó la acción típica de un homicidio en la persona de MARTÍNEZ ALFONSO RODRIGO, por aparentemente un acto imprudente de JULIO CESAR LÓPEZ PÉREZ, lo que se trata de definir es si la acción ejecutada por LÓPEZ PÉREZ lo fue realmente o se debió a una acción fortuita derivada de un desperfecto mecánico del arma catalogada como uzi, calibre 9 m.m., adscrita a la Policía Fiscal y Aduanera e identificada con el No. 0116.

Pues bien, la polémica que se transó jurídicamente en el debate del Consejo de Guerra otorgaba esta disyuntiva (la causal de inculpabilidad y la responsabilidad culposa), que se resuelve desafortunadamente para los intereses del sindicato y apoderado naturalmente tal como lo manifestaba la representante del Ministerio Público, para accionar el arma o dispararla, se necesitó la intervención de un ser humano o palabras más concretas, necesitaba la acción humana, sin la cual, decía la doctora, salía el disparo, la que establece la diferencia entre una situación fortuita y culposa.

Cómo podría plantearse un caso fortuito, en cuanto a los disparos del arma? La respuesta podría otorgarse, si verbigracia JULIO CESAR LÓPEZ PÉREZ u otro policial o hasta un particular, se le cae el arma al suelo y por el desperfecto del arma o por su celosía ésta da lugar a la salida por la boca del cañón de un proyectil o de varios proyectiles, pero en el caso sub examen era precisamente JULIO CESAR LÓPEZ PÉREZ quien portaba en su mano el arma de fuego y ya se ha explicado en la resolución de convocatoria cuáles son los pasos que se deben ejecutar para que por la

boca de ese cañón salga uno o varios disparos y que resumiéndolos nuevamente, en tratándose de este tipo de arma se definen en: a) la montada del carro hacía atrás, que da lugar a que el cartucho o proyectil pase por el proveedor al sitio por donde va a salir una vez se ejecuten los otros pasos; b) la colocación del selector de cadencia en la posición “A” o en la posición “R” debido a que la otra posición la “S” significa seguro, donde no puede ejecutarse la tercera de estas, debido precisamente a su nombre y c) tomar el arma oprimiendo simultáneamente el disparador y el gatillo y el seguro de puño que está en la parte posterior de la empuñadura, siendo esta última una acción doble y simultánea que no permite que con la sola opresión u obturación del gatillo se disparen estas armas siendo una característica propia de las mismas.

La anterior explicación nos remitía a la indagatoria de LÓPEZ PÉREZ en donde concuerda su versión en cuanto al montaje y desaseguramiento del arma, con lo que naturalmente no le queda sino ejecutar la última acción que se definió como doble y simultánea y que necesariamente tuvo que haber llevado a efecto para que saliera los disparos que cegaron la vida de MARTÍNEZ ALFONSO” (fls. 214-220 c. 3).

34.- El Tribunal Superior Militar, mediante providencia de 16 de agosto de 2001, confirmó la decisión, por encontrar demostrada la responsabilidad del PT. Julio César López Pérez, en el homicidio de su compañero Rodrigo Martínez Alfonso. En síntesis, consideró que el sindicado omitió las normas de seguridad consagradas en el decálogo de armas de fuego, pues *“jamás un arma de las calidades de la subametralladora UZI se dispara sin que previamente haya sido cargada, pues al estar o no asegurada no le eximía el cuidado de no mantenerla cargada, menos en un recinto donde se movilizaban sus compañeros de armas”*. Se lee sobre este particular:

“De la actuación procesal emerge el hecho incontrovertido de que la conducta es punible por ser culposa, bien que el acusado no observó la previsibilidad que se debe tener en el manejo cuidadoso de las armas de fuego, máxime cuando se trató de un individuo que recibió la instrucción y conocimiento necesarios para manipular una subametralladora y no obstante lo anterior actuó conforme describen los hechos, muy seguramente confiado por razón del rutinario manejo de este tipo de armamento, lo cual trajo consigo por su descuido, el accionar del disparador en forma accidental según cuenta el encausado, con los lamentables resultados ya conocidos” (fls. 2- 7 c. 1).

35.- El Juzgado de Ejecución de Penas, el 27 de noviembre de 2002, declaró la extinción de la pena de dos años de prisión impuesta al PT. Julio César López Pérez y dispuso su libertad inmediata (fls. 235-238 c. 3).

36.- Con los medios probatorios obrantes en el expediente está acreditado que el patrullero demandado, JULIO CÉSAR LÓPEZ PÉREZ, dio muerte a su compañero de armas, el también patrullero Rodrigo Martínez Alfonso, causándole cuatro heridas con una subametralladora UZI en el pómulo izquierdo, región auricular y occipital izquierda y derecha con exposición de masa encefálica (fls. c. 2).

37.- Para la Sala resulta evidente que el agente demandado dio muerte a otro uniformado y aunque no está acreditado que obró con la intención de causarla, queda claro que actuó con culpa: portaba el arma oficial sin seguro y cargada; el arma se disparó y causó la muerte de la víctima.

38.- Si bien dicha actuación revela una conducta negligente constitutiva de culpa en la medida en que ocurrió como consecuencia del imprudente manejo de un arma de fuego, a la misma no se le puede asignar la categoría de *culpa grave* exigida por el artículo 90 constitucional, con las características de esta forma de culpabilidad antes señaladas.

39.- Por lo tanto, la Sala revocará la sentencia proferida por el Tribunal que accedió a las pretensiones de la demanda y lo condenó al pago del acuerdo conciliatorio asumido por la entidad accionante.

40.- Sin condena en costas por no aparecer causadas.

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

F A L L A

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de 31 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda para, en su lugar, **NEGAR LAS PRETENSIONES**.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente a su Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

ALBERTO MONTAÑA PLATA

RAMIRO PAZOS GUERRERO

MIPR/6 CDNOS