

“La repetición es asunto de expresa previsión constitucional, en tanto el artículo 90 Superior prescribe que si el Estado es obligado a reparar un daño, debe repetir contra su agente, pero solo cuando la condena ha sido el resultado de una conducta dolosa o gravemente culposa de este, calificación que denota un calificado error de conducta de un agente estatal generador del daño antijurídico que ha conducido a la condena al Estado.

Para la determinación del régimen legal aplicable al caso, la Sala tiene en cuenta que la situación cuestionada de los demandados no es otra que la muerte del señor (X) ocurrida el 5 de enero de 2007. En esas condiciones, para la época de los hechos ya estaba vigente la Ley 678 de 2001, bajo la cual deben analizarse tanto los aspectos formales como sustanciales del presente caso.

Ahora bien, el artículo 2° de la referida norma legal define la repetición como una acción civil de carácter patrimonial, “que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto (...)”.

En desarrollo del artículo 90 Superior indicado, la ley en mención establece que es patrimonialmente responsable frente a la administración quien: (i) tenga la condición de servidor, ex servidor estatal o particular investido de función pública, (ii) y a causa de su conducta sea dolosa o gravemente culposa, (iii) hubiere dado lugar al reconocimiento de una indemnización, (iv) cuyo pago se haga en virtud de una sentencia judicial condenatoria, conciliación y otra forma de terminación de un conflicto.

De la lectura del precepto constitucional que consagra dicha acción, se infiere que mientras el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado se centra en el daño antijurídico que le sea imputable, la base de la responsabilidad personal de los agentes de la administración se funda en la culpabilidad del funcionario, la cual ocurre únicamente en aquellos eventos en que el daño antijurídico y la condena sobreviniente sean consecuencia del obrar del agente, del cual debe predicarse el dolo o la culpa grave. Esta premisa, plantea un vínculo inescindible entre el obrar del agente y el hecho, acción u omisión generador del daño, por cuya antijuridicidad resulta condenado el Estado<sup>2</sup>.

Precisado lo anterior, para los efectos de la presente sentencia, habrá de recabarse acerca de que bajo el medio de control de repetición sólo podrá perseguirse a quien, con su actuar doloso o gravemente culposo, propició que el servicio, la función o el cometido a cargo del Estado, hubiere causado un daño antijurídico que debió ser indemnizado, reparado o compensado.

El estudio del elemento subjetivo que se exige para la procedencia del medio de control de repetición, a saber, el de la calificación de la conducta cometida por el agente estatal, tiene como presupuesto la efectiva comprobación de la acción adelantada por el funcionario y la causa de la condena, lo que supone que el análisis de uno de esos dos asuntos dependa de la existencia del otro, so pena de que se impida continuar con el estudio de la procedencia del medio de control.

En este sentido, antes de analizar y determinar, con fundamento en lo acreditado en el proceso, si los funcionarios obraron o no con dolo o culpa grave -tal como se acusa en la demanda-, debe estar debidamente acreditada la relación directa existente entre la presunta conducta de los funcionarios y la causa de la condena que derivó en el reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado con ocasión de la muerte del ciudadano (X). De esta

manera, la demostración del nexo causal es un presupuesto sine qua non para el estudio jurídico de la conducta del agente en grado de dolo o culpa grave en los casos de repetición<sup>3</sup>.

En el presente caso, la parte demandada alegó en el recurso de alzada que no se había acreditado la calidad de agentes o ex agentes estatales de los demandados ni el elemento subjetivo de la acción reversiva.

Sobre el primero de los puntos, la Sala observa que se allegaron al expediente constancias elaboradas por la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional en las que consta que los demandados se encontraban vinculados a las fuerzas militares para la fecha en que ocurrieron los hechos. Además, se arrimó suficiente material probatorio del que se desprende que los soldados participaron, en ejercicio de sus funciones, en el operativo que culminó con la muerte de los ciudadanos (X), incluso según la información reconocida por los mismos en sus declaraciones e indagatorias en el marco del proceso penal seguido por ese hecho. Por manera que, se tiene por acreditado que los tres demandados ostentaban la condición de agentes estatales para la fecha de ocurrencia del hecho que da origen al presente medio de control.

Ahora bien, en lo que respecta a la estructuración de la imputación realizada por la demandante en contra de los señores (soldados), la Sala observa que en el escrito del medio de control, el Ejército Nacional se fundamentó en referir que la conducta de los demandados, fue “dolosa o cuando menos, gravemente culposa” pues los agentes se extralimitaron en el cumplimiento de sus funciones al utilizar indiscriminadamente sus armas de dotación oficial en contra de civiles.

De acuerdo con el material probatorio relacionado anteriormente, se tiene acreditado que, según la versión rendida por el grupo especial Delta 4 del Batallón Contraguerrillas No. 23, en horas de la mañana del 5 de enero de 2007 recibieron información sobre la presencia de miembros de grupos subversivos en la zona, que se dirigirían a cobrar una extorsión en el sector del área general de la vereda Casa Roja, razón por la que se coordinó una operación en horas de la noche en la que participaron -según el INSITOP- más de 20 militares, la cual produjo un enfrentamiento del que resultó decomisado un material de guerra y dos fallecidos.

Sin embargo, de la información que ha sido referida y de los elementos de convicción relacionados, la Sala observa que no es posible concluir de forma inequívoca cuáles fueron las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, y mucho menos, determinar que los demandados en este proceso -y no otros de los militares que participaron en la operación-, fueron los que causaron la muerte del señor (X) que dio origen al proceso de reparación directa fundamento de la presente acción reversiva.

No pretende soslayar la Sala que el ciudadano (X) resultó muerto en circunstancias no claras y aunque dicha actuación resultó constitutiva de responsabilidad del Estado -como fue declarada por la jurisdicción contenciosa-, lo cierto es que respecto de tales circunstancias sin esclarecer no es posible inferir un juicio de imputación de responsabilidad a un sujeto concreto por culpa grave -y mucho menos el dolo también alegado en la demanda-, de ahí que no resulte posible imputar o endilgar a los tres militares señalados el hecho dañoso que dio origen a la acción de repetición ante la falta de prueba de la conducta que se alega cometieron los agentes y, con esta, de la causación del daño antijurídico sancionado en la sentencia de reparación directa.

Así las cosas, resulta forzoso concluir que, si bien las probanzas del proceso penal resultaron suficientes para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado dentro del proceso de reparación directa, no acontece lo mismo para construir un juicio de imputación en sede del medio de control de repetición contra los militares involucrados en la muerte del señor (X) acá demandados y mucho menos para acreditar la conducta supuestamente gravemente culposa de tales agentes, pues lo cierto es que de acuerdo con las pruebas

allegadas, sólo se probó por parte de la entidad demandante, que el señor (X) murió en medio de un operativo militar, sin que se hubieren determinado con certeza las circunstancias en las que se desarrolló dicho operativo.

Prueba de la falta de certidumbre sobre los hechos que rodearon la muerte de (X), es la sentencia del Tribunal Administrativo del Casanare que, en grado jurisdiccional de consulta en el marco del proceso de reparación directa, resolvió confirmar la declaración de responsabilidad de la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, pero modificando el título de imputación de falla del servicio al de responsabilidad objetiva por uso de arma de dotación oficial, en tanto consideró que la teoría planteada por el a quo sobre los mal denominados “falsos positivos” no tenía sólido asidero en los elementos de prueba obrantes y resolvió que las dudas razonables sobre los hechos corrían en contra de la administración que tenía la carga de dilucidarlas cabalmente para exonerarse.

En este sentido, la Sala también advierte la ausencia de un sustento probatorio sólido que vislumbre las condiciones en que ocurrió la muerte de (X), duda que, atendiendo a la naturaleza del medio de control sub judice, no puede resolverse en contra de los demandados, pues la obligación de dilucidar con diáfana claridad cada uno de los elementos que componen la acción reversiva y, en este caso, específicamente la conducta que se imputa dolosa o gravemente culposa-, es de la entidad demandante. A este respecto, se ha establecido que la entidad que alega la configuración de las presunciones contempladas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 debe probar plenamente en este proceso -y al margen del análisis efectuado en la providencia que declara la responsabilidad del Estado-, la atribución de la conducta determinante del daño antijurídico al agente<sup>4</sup>. Sin embargo, en el presente caso, la parte interesada ni siquiera acreditó la conducta que, a título de dolo o culpa grave, le atribuyó a cada uno de los soldados.

Además de la incertidumbre sobre las condiciones en que ocurrieron los hechos en que resultó muerto el ciudadano (X), debido a que los elementos de prueba obrantes en el proceso penal no dan cuenta con suficiencia sobre la responsabilidad de los aquí demandados -no obra en este expediente información adicional sobre las resultas de ese proceso y los elementos de prueba allegados sugieren dudas sobre la hipótesis del combate y la posible pertenencia de los occisos a grupos al margen de la ley-, la parte demandante ni siquiera dilucidó el nexo existente entre la conducta de los tres demandados y el daño que dio origen a la indemnización a cargo del Estado, en la medida en que tampoco acreditó cuál disparo le ocasionó la muerte al ciudadano y, ni siquiera existe certeza sobre si los tres aquí demandados fueron los únicos que dispararon contra el hoy occiso.

En este sentido, sobre la duda existente en relación con las circunstancias de modo en que ocurrió la muerte de (X) se advierte que, si bien de las declaraciones e indagatorias rendidas por los militares en el marco del proceso penal, se observa que los tres demandados en este proceso reconocieron haber disparado en dirección al lugar del que presuntamente provenían los disparos, no es posible ni siquiera concluir que hubieran sido los únicos que accionaron sus armas. De hecho, en la versión libre y espontánea rendida por (D) ante la Procuraduría Regional de Casanare, mencionó por primera vez al soldado profesional (C), quien en su respectiva declaración también indicó que había accionado su arma en respuesta al ataque; el cual, sin motivo alguno esclarecido por la hoy demandante, no es uno de los agentes contra los que se incoó el presente medio de control.

Igualmente, es importante resaltar que en el expediente consta el acta No. 0052 de 8 de enero de 2007 en la que se consigna la baja de material de guerra en hechos acaecidos en el sector de la vereda Casa Roja del municipio de Hato Corozal, y se registra que en total se gastaron 75 municiones, entre los agentes aquí demanda- dos y los soldados profesionales,

de los cuales hace falta el registro del soldado (C) que, como se refirió, aceptó haber disparado su arma de dotación oficial el día de los hechos.

Así las cosas, se advierte que la ausencia de prueba que acredite el número e identidad de los militares que participaron en la operación Egipto I, así como del personal que gastó munición por accionar sus armas de dotación oficial y del armamento que ocasionó la muerte del señor, es atribuible a la culpa de la hoy demandante, pues incluso en el proceso penal se determinó que no existían documentos que consignaran la información referida, tampoco se realizó un estudio balístico con ese fin y en inspección judicial realizada a las instalaciones de la Brigada XVI, el propio Batallón de Contraguerrillas No. 23 no hizo entrega ni cierre definitivo del archivo de gestión en el que se encontraba el registro de la operación ante la mentada unidad.

No deja de llamar la atención de la Sala, el hecho de que el proceso penal -que se hallaba en etapa de instrucción hasta las actuaciones arrimadas- se seguía en contra del personal militar que afirmó haber participado en los hechos, esto es:... sin embargo, el presente medio de control de repetición únicamente se presentó en contra de tres de los investigados penal y disciplinariamente, sin que se mencione en el libelo inicial la razón por la que sólo tres de los agentes que participaron en la operación Egipto I, son considerados como responsables patrimonialmente por la condena que debió asumir el Estado.

Por fuerza de las razones que se dejaron expuestas, concluye la Sala que la parte demandante no acreditó con suficiencia las condiciones en las que ocurrieron los hechos por los que pretende repetir en contra de sus ex- agentes, por manera que no es posible determinar, ni siquiera por vía indiciaria, el nexo entre la conducta de los aquí demandados y el hecho que dio origen a la indemnización a cargo del Estado. En este sentido, conviene reiterar que de las pruebas allegadas al expediente, únicamente se demostró que el fallecimiento del señor (X) ocurrió en el marco de un operativo adelantado por el Ejército Nacional, pero no se conocen con certeza las circunstancias en las que el mismo habría ocurrido, en tanto, contrario a lo alegado por la demandante, existen elementos de prueba que sugieren la ocurrencia del combate y la pertenencia de los occisos a grupos al margen de la ley que efectivamente se encontrarían adelantando actividades delictivas el día de los hechos.

Asimismo, se advierte que la condena al Estado en el marco del proceso de reparación directa y que dio lugar al presente medio reversivo, se realizó bajo el título de imputación de riesgo excepcional por uso de arma de dotación oficial, al no encontrarse acreditadas las pruebas para declarar la responsabilidad por falla del servicio. Sin embargo, en el caso objeto de estudio, ante la ausencia de elementos de convicción suficientes sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos, no es posible concluir que los aquí demandados, hubieren sido responsables por los hechos que se les endilgan, pues la sola participación en el operativo que dio muerte a (X) no resulta suficiente para acreditar la comisión de dicha conducta por parte de los demandados, de ahí que resulta inocuo analizar si su conducta fue dolosa o gravemente culposa, en tanto para estudiar la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales se requiere previamente que exista certeza de que fueron ellos los que con su conducta significaron la causación del daño objeto de indemnización.

En este punto, para la Sala es importante dejar constancia de la indebida aproximación que las entidades públicas realizan en torno a los medios de pruebas que se allegan a los juicios de repetición, dado que no garantizan que al proceso se allegue, bajo criterios de utilidad, pertinencia y conducencia, el material probatorio congruente con la imputación realizada. En efecto, no se trata de que acrediten simplemente un supuesto de derecho, dado que deberán traer medios de prueba que permitan establecer en forma individual y congruente, el dolo o la culpa grave que se imputa". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia: Octubre 10 de 2022, Referencia: Rad. 85001-23-33-000-2014-00023-01 (58.511)).