



Sentencia 06657 de 2016 Consejo de Estado

ACCION DE REPETICION - Niega

ACCION DE REPETICION - Del Ministerio de Defensa Policía Nacional contra Juez 56 Penal Militar quien impuso medida de aseguramiento a un funcionario miembro de la Policía Nacional por la supuesta comisión del delito de abandono de puesto, quien posteriormente fue absuelto por atipicidad de la conducta / ACCION DE REPETICION - Elementos para su procedencia

La Sección Tercera ha explicado en abundantes providencias los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición. Los elementos necesarios y concurrentes definidos para la declaratoria de repetición son los siguientes: i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena (...) ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado. (...) iii) El pago efectivo realizado por el Estado. (...) iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

ACCION DE REPETICION - Niega. Por falta de uno de los elementos o requisitos para la procedencia de la acción / ACCION DE REPETICION - No se demostró que la conducta del funcionario fuera dolosa o gravemente culposa

El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77 y 78 del C. C. A.. Así dijo 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 deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley. Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, 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 conducta. (...) Así las cosas, la determinación de si una conducta es dolosa o gravemente culposa, reviste un carácter probatorio, debido a que el actor debe demostrar que resulta probada tal circunstancia, solo en tal caso habrá lugar a endilgarle responsabilidad patrimonial a los demandados. En el caso concreto, se tiene que al Cabo Primero Darley García Ocampo le fue iniciada una investigación por la supuesta comisión del delito de abandono de puesto, por hechos ocurridos el 5 de junio de 1994. (...) De la misma forma, está probado que el señor Gildardo Ospina Hoyos, quien para la época de los hechos fungía como Juez 56 de Instrucción Penal Militar, dictó una providencia, el 29 de diciembre de 1994 a través de la cual impuso medida de aseguramiento al Cabo Primero Darley García Ocampo, por la supuesta comisión del delito de abandono de puesto. (...) En virtud de lo anterior, concluyó el juez que “reunidos los requisitos del artículo 621 del Código Penal Militar, para dictar medida de aseguramiento por haber resultado indicio grave de responsabilidad, medida que consistirá en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional (artículo 628 numeral 2 en concordancia con el 639 numeral 1 ibídem). A juicio de la Sala, esta decisión fue proferida en desarrollo de la independencia judicial que le asistía al entonces Juez 56 de Instrucción Penal Militar, asunto que ya fue desarrollado en numeral 4 de la presente providencia. Lo anterior, por cuanto, como se evidenció, el funcionario emitió una medida, luego de analizar los elementos materiales probatorios y cotejar la conducta desarrollada por el Cabo Primero Darley García Ocampo y la normatividad aplicable. En otras palabras, no se encuentra que la providencia se hubiese proferido de manera arbitraria o con desconocimiento de la ley, sino que, por el contrario, se realizó una valoración probatoria y, partiendo de dicho análisis y de los requisitos exigidos por las normas, se optó por proferir una medida de aseguramiento. (...) Estas providencias necesariamente indican que, si bien el proceso penal militar inició por la supuesta comisión del delito de abandono de puesto por parte del Cabo Primero Darley García Ocampo, en virtud del cual “Quien estando de facción o de servicio abandone el puesto por cualquier tiempo sin causa justificada incurrirá en las sanciones de Ley con el agravante de la pena aumenta si quien comete el hecho es el comandante de puesto”, el juez de conocimiento, en sede de primera instancia, modificó la imputación previamente realizada, en razón a la naturaleza de la base que comandaba el C.P. Darley García Ocampo, decisión que fue confirmada en sede de segunda instancia. En consecuencia, para la Sala es claro que al momento de imponer la medida de aseguramiento la investigación seguía su curso respecto del abandono de puesto (no el de comandos especiales), delito para el cual se cumplían los requisitos, puesto que estaba suficientemente demostrado que el señor Darley García había sido encontrado por fuera de la base, consumiendo bebidas alcohólicas y sin autorización de su superior y, como lo refirió el Juez 56 Penal de Instrucción en su providencia, dicho delito, a diferencia del delito de abandono de comandos especiales, no requería un tiempo determinado para su configuración. Bajo estas circunstancias, no encuentra esta Sala que el Juez hubiese actuado por fuera de sus competencias, ni con culpa grave o dolo pues, como es referido en los diferentes documentos que comprenden el sumario adelantado, hasta la fase de conocimiento en sede de primera instancia, el Cabo Primero fue denunciado e investigado por la comisión del delito de abandono de puesto, conducta bajo la cual el Juez 57 de Instrucción Penal Militar, el señor Gildardo Ospina Hoyos, fundamentó su decisión y realizó las diligencias correspondientes. (...) De lo anterior, considera esta Sala que no se desprende una conducta gravemente culposa que permita condenar al señor Gildardo Ospina Hoyos. Por el contrario, se encuentra una providencia ajustada a los hechos que se

investigaban para ese entonces, sustentada con los elementos materiales recaudados hasta aquel momento y desarrollada de acuerdo a la normatividad vigente y aplicable para la fecha. Por esta razón, concluye la Sala que el último requisito para que proceda la repetición en este caso, no se configuró.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Rad. No.: 05001-23-31-000-2004-06657-01(55719)

Actor: LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Demandado: GILDARDO GARCIA HOYOS

Referencia: ACCION DE REPETICION (APELACION SENTENCIA)

Contenido. Descriptor: De acuerdo con la normatividad vigente, Decreto 01 de 1984, se confirma la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones por no encontrarse probado que el funcionario actuó con dolo o culpa grave. Restrictor: Acción de repetición contra funcionario que ordenó el retiro de un miembro de la Policía Nacional – Elementos de procedibilidad de la acción de repetición.

Decide la Subsección C, en atención a la prelación dispuesta por la Sección Tercera para las acciones de repetición mediante acta número 15 de 5 de mayo de 2005, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 26 de junio de 2015, mediante la cual se resolvió:

1.- SE NIEGAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA en la acción de repetición interpuesta por la Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional en contra del Doctor Gildardo Ospina Hoyos, ex Juez Penal Militar, por las razones expuestas en la motivación.

2.- SIN COSTAS.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y pretensiones

La Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, mediante apoderado, presentó escrito de demanda el 13 de octubre de 2004 (fls. 55-73, C.1.), en ejercicio de la acción de repetición (artículo 86 C.C.A) contra el señor Gildardo Ospina Hoyos, con el fin que se accediera a las siguientes pretensiones:

“1.- Que se condene al Doctor GILDARDO OSPINA HOYOS, Ex Juez de la Justicia Penal Militar, por tener responsabilidad a TÍTULO DE CULPA GRAVE, por los hechos ocurridos el 06-04-94, cuando del informe (Sic) rendido por el señor Capitán CAROL ENRIQUE TASCON QUINTERO, comandante de la compañía ENEVI.

2.- Que como consecuencia de la anterior declaración de responsabilidad del Estado por el negligente de uno de sus agentes (Juez), se condene al doctor GILDARDO OSPINA HOYOS, al pago total o parcial de las suma (Sic) que la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional canceló al señor DARLEY GARCÍA OCAMPO Y A SU CÓNYUGE, ósea (Sic):

DOCE MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROSCIENTOS VEINTI CINCO PESOS, CON CINCUENTA CENTAVOS (\$12'194.425,50). Lo anterior por concepto de capital, suma sin incluir los intereses, los cuales no está obligado a cancelar el encartado.

3. Que la sentencia que ponga fin al presente proceso, reúna los requisitos exigidos por los artículos 68 del C.C.A. y 488 del C.P.C, con ello quiero significar que contenga una obligación clara, expresa y exigible con el fin que preste mérito ejecutivo.

4. Que el monto de la condena que se profiera contra el Docto (Sic) GILDARDO OSPINA (Sic) HOYOS, sea indexada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.

5. Que se condene en costas al demandado, Dr. GILDARDO OSPINA HOYOS, si así lo considera el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo.

6.- Que en el evento, de encontrarle bienes de fortuna, se tomen las medidas cautelares del caso, para efectos de garantizar el reembolso¹.

Para fundamentar su solicitud, aduce la entidad que el señor Gildardo Ospina Hoyos incurrió en una conducta gravemente culposa al imponer una medida de aseguramiento, en su calidad de Juez 56 Penal Militar, al Cabo Primero Darley García Ocampo por la supuesta comisión del delito de abandono de puesto, estipulado en el Decreto 2550 de 1988 (Código Penal Militar); conducta de la que el Cabo Primero fue absuelto posteriormente, al comprobarse que no se cumplía con todos los elementos del tipo.

En consecuencia, solicita la entidad demandada que el señor Gildardo Ospina Hoyos cancele la suma a la que el Tribunal Administrativo de Antioquia condenó a la Policía Nacional el 30 de marzo de 2001 por la privación injusta de la que fue sujeto el señor García Ocampo; suma que asciende a doce millones ciento noventa y cuatro mil cuatrocientos veinticinco pesos con cincuenta centavos (\$12.194.425.50).

2. Hechos de la demanda

Según la demanda, el señor Darley García Ocampo ingresó a la Policía Nacional el 15 de diciembre de 1987 y para el 6 de junio de 1994, se desempeñaba como Comandante de la Base de Cerro Gordo del Municipio de la Unión, Antioquia, fecha en la que se le inició un proceso penal por abandono de Puesto (art. 111 del Código Penal Militar)². Por orden del Juzgado 56 Penal Militar, del cual que era titular el juez Gildardo Ospina Hoyos Ocampo, el Cabo Primero fue detenido en el Centro Carcelario de Belén del 2 de enero de 1995.

El 27 de marzo de 1995, el procesado fue dejado en libertad en razón a la sentencia absolutoria proferida a su favor, por atipicidad de la conducta del procesado; decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior Militar el 4 de julio de 1995.

En razón de lo anterior, el 30 de Marzo de 2001, el Tribunal Administrativo de Antioquia condenó a la Policía Nacional a cancelar al señor Darley García Ocampo el equivalente a 300 gramos oro por concepto de perjuicios morales, tres millones veinticinco mil setecientos setenta y nueve pesos (\$3.025.779) por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante y 150 gramos oro por concepto de perjuicios morales a Sol María Meneses Gil, cónyuge del señor García Ocampo.

En cumplimiento de la sentencia, la Dirección Administrativa y Financiera del Ministerio de Defensa, canceló, mediante resolución No. 567 del 18 de diciembre de 2003, la suma de doce millones ciento noventa y cuatro mil cuatrocientos veinticinco pesos con cincuenta centavos (\$12.194.425.50) a los demandantes. Sin embargo, considera la entidad que con el actuar del doctor Gildardo Ospina Hoyos, el cual tilda de gravemente culposos, se lesionó el patrimonio del Ministerio de Defensa, Policía Nacional, por lo tanto, debe cancelar dicha suma a la entidad, de conformidad a la Ley 687 de 2001. Su petición, la fundamenta en el artículo 71 de la Ley 270 de 1996, en virtud del cual:

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Para los efectos señalados en este artículo, se presume que constituye culpa grave o dolo cualesquiera de las siguientes conductas:

(...) 2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.”.

2.1 Fundamentos de derecho.

La demanda se fundamenta en los artículos 6, 90 y 209 de la Constitución Política, 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo; 71 y 72 de la Ley 270 de 1996 y 1,2, 3, 4, 5, 6 y siguientes de la Ley 678 de 2001, que establecen la obligación de repetir en contra de los funcionarios públicos cuando han actuado de forma dolosa o gravemente culposa y el Estado ha sido condenado por tal hecho.

3. Actuación procesal en primera instancia

En auto del 25 de octubre de 2004 se admitió la demanda³. El 20 de septiembre de 2006, el Juzgado 18 Administrativo del Circuito de Medellín, avocó conocimiento⁴.

El 17 de noviembre de 2010, el Juzgado 18 Administrativo del Circuito de Medellín, declaró la falta de conocimiento y dispuso el envío del expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia⁵.

El 07 de febrero de 2011, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, avocó conocimiento y ordenó el emplazamiento del demandado, a solicitud de la apoderada de la parte demandante, toda vez que hasta el momento no había podido ser notificado⁶.

Ante la imposibilidad de hallar al demandado y, una vez surtido el emplazamiento, el Tribunal Administrativo de Antioquia procedió a nombrar un curador Ad Litem, el 28 de febrero de 2012⁷.

La doctora Martha Arboleda Arango, en su condición de curador ad litem de la parte demandada, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, por cuanto no se había probado que el funcionario hubiese incurrido en una detención arbitraria, abuso de autoridad, prevaricato, u otra figura similar y, en cambio, estaba demostrado que la actuación del señor Gildardo Ospina Hoyos, fue concebida y estructurada de buena fe por el funcionario⁸.

El 6 de marzo de 2013, la Sala Unitaria de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia avocó conocimiento del proceso⁹.

El 26 de febrero de 2013 el demandado, Gildardo Ospina Hoyos, le confirió poder a la abogada Gloria Garcés Candamil para representarlo en el proceso de repetición adelantado en su contra¹⁰.

4. Alegatos de primera instancia

El 19 de septiembre de 2014¹¹, la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, reiterando las pretensiones de la demanda por cuanto, a juicio de la parte, estaba demostrado que el demandado causó un daño antijurídico al Comandante de la base de Cerro Gordo del municipio de la Unión, Antioquia.

Por su parte, el 19 de septiembre de 2014, la abogada designada por el demandado, Gildardo Ospina Hoyos, presentó escrito refiriendo que en el caso no se cumplían los requisitos para declarar la responsabilidad del demandado, puesto que la sentencia que condenaba a la entidad no había sido aportada en copia auténtica y tampoco había prueba de que el funcionario que dictó dicha providencia hubiese actuado dolosa o culposamente.

5. Sentencia del Tribunal de instancia¹²

El 26 de junio de 2015, el Tribunal Administrativo de Antioquia dictó sentencia negando las pretensiones de la demanda. Lo anterior, por cuanto no existía constancia en el expediente sobre la vinculación del señor Gildardo Ospina Hoyos como Juez Penal Militar para la época de los hechos; no existía certeza respecto de la forma en la que había terminado el proceso, ya que no había constancia de la ejecutoria de la sentencia y tampoco coincidían las sumas de dinero a las que se condenó a pagar al Ministerio de Defensa- Policía Nacional, con la orden de transferencia aportada, situación que no podía resolver el juez, toda vez que no se aportó la resolución a través de la cual se ordenó el cumplimiento de la sentencia.

Sumado a lo anterior, encontró el a quo que no se había probado la configuración del dolo o la culpa grave en la actuación del demandado y, en consecuencia, que no se cumplían los requisitos para que procediera la repetición en contra del funcionario.

6. El recurso de apelación¹³

El 28 de julio de 2015, la parte demandante, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia anteriormente referida.

Para justificar su desacuerdo con la providencia, manifestó la Policía Nacional, que el comprobante de pago de la deuda con el señor Darley García Ocampo fue debidamente allegado con la demanda y que, en consecuencia, en el presente caso se reunían los elementos subjetivos y objetivos propios de la acción de repetición adelantada en contra de Gildardo Ospina Hoyos.

El 24 de noviembre de 2015, esta Corporación admitió el recurso de apelación y el 26 de enero de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

El 12 de febrero de 2016 el Ministerio de Defensa-Policía Nacional presentó escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en la demanda¹⁴. De la misma forma, el 16 de febrero de 2016 la parte demandada presentó sus alegatos¹⁵, señalando que en el proceso no se había demostrado ni la culpa grave ni el dolo del señor Gildardo Ospina Hoyos, por el contrario, manifestó que cuando el demandado tramitó el proceso penal y

privó de la libertad al señor Darley García Ocampo, estaba convencido de actuar conforme a la ley; en consecuencia, solicitó que se confirmara el fallo de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 26 de junio de 2015, con fundamento en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 7 de la Ley 678 de 2001 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 - modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

2. Normatividad aplicable

Precisa la Sala que en el *sub - lite*, los hechos que dieron origen a la condena proferida el 30 de marzo de 2001, por el Tribunal Administrativo de Antioquia en contra de la entidad demandante, se produjeron el 4 de julio de 1995, fecha en la que quedó en firme la sentencia absolutoria proferida en el proceso penal militar adelantado contra el Cabo Primero Darley García Ocampo, por atipicidad de la conducta. De tal manera que, en los aspectos de orden sustancial son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 90 de la Constitución Política de 1991, 77 y 78 del Decreto - Ley 01 de 1984¹⁶.

3. Elementos para la procedencia de la acción de repetición

La Sección Tercera ha explicado en abundantes providencias¹⁷ los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición¹⁸.

Los elementos necesarios y concurrentes definidos para la declaratoria de repetición son los siguientes:

i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena

La calidad y la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.

ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación¹⁹, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado.

La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto²⁰.

iii) El pago efectivo realizado por el Estado.

La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación.

iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

La entidad demandante debe probar que la conducta del agente o ex agente del Estado fue dolosa o gravemente culposa conforme a las normas que para el momento de los hechos sean aplicables.

4. Independencia judicial

La independencia judicial constituye un elemento esencial en la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho. Una perspectiva convencional permite apreciar que tanto a nivel Universal como Regional se establece el deber de los Estados de establecer, y respetar, funcionarios independientes para la administración de justicia.

Así, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal (...) o para la determinación de sus derechos u*

obligaciones de carácter civil"; (Resaltado propio) en similar sentido el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."* (Resaltado propio).

Mientras que la Relatoría Especial sobre independencia de los Jueces y Abogados de las Naciones Unidas ha sostenido que *"la independencia del poder judicial se ha definido como costumbre internacional y principio general del derecho reconocido por la comunidad internacional"*²¹.

En efecto, si la función de la judicatura es la de proteger o garantizar los derechos de los asociados, es claro que para el cumplimiento de este rol se requiere que no existan injerencias internas o externas, institucionales o personales, dirigidas a perturbar esta labor y, por el contrario, que se afiance su independencia respecto de los otros poderes públicos.

Por tanto, el estándar de independencia judicial se verifica a partir de diversos aspectos relacionados con: i) el proceso de selección o nombramiento de los jueces, ii) las garantías de independencia del juez durante el ejercicio del cargo y iii) el régimen sancionatorio y la eventual posibilidad de la separación del cargo.

Así, en el Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló la especial protección que demandan los funcionarios, judiciales, habida cuenta de la garantía de la independencia judicial que se desdobra en una faceta institucional y personal comprendiendo, cada una de ellas, adscripciones de deberes específicos para el Estado:

"Ahora bien, los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como "esencial para el ejercicio de la función judicial"²². El Tribunal ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces²³. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación²⁴. Adicionalmente, el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática²⁵.²⁶ (Resaltado propio).

3.7. Asimismo, cabe tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que se ha señalado como pautas para determinar la independencia judicial situaciones como *"la forma de designación de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si el cuerpo presenta una apariencia de independencia"*²⁷, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado tales elementos en conjunción, según los casos que ha conocido, con el elemento de la seguridad personal de los funcionarios judiciales como parte integrante de la independencia judicial, tal como se apreció arriba.

Ahora bien, en lo que es de interés, debe verificarse que uno de los derechos que rodea la independencia judicial es el derecho que tienen los funcionarios judiciales a la libertad de opinión y expresión²⁸. Al respecto se deben decir dos cosas: i) se predica su goce para los funcionarios judiciales en tanto que se trata de un derecho humano, universal que no resulta renunciable o suprimido en razón a la calidad o posición que se ocupa y ii) como no se trata de derechos absolutos, es claro que encuentran limitaciones, siendo estas las estrictamente necesarias en el marco de una sociedad democrática. De allí se sigue, entonces, que será contrario a las normas de derecho humanos, el que se pretenda establecer restricciones desproporcionadas a tal derecho, pues el simple hecho de la posición o rol que se ocupa no constituye razón suficiente para tal cosa. Sobre este punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

"172. La CIDH considera en consecuencia, que los jueces, fiscales, defensores y defensoras públicos en tanto que funcionarios públicos gozan de un amplio derecho a la libertad de expresión el cual además es necesario para explicar, por ejemplo a la sociedad, algunos aspectos de interés y relevancia nacional. Sin embargo, este derecho encuentra restricciones especiales que están relacionadas con las garantías que deben ofrecer para los casos que encuentran a su cargo."²⁹ (Resaltado propio).

Al respecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 40/32 de 29 de noviembre de 1985) acogió los Principios Básicos relativos a la independencia judicial -adoptados en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente -, estableciéndose en el principio 8º lo siguiente:

"8. En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura."³⁰ (Resaltado propio).

Dicho lo anterior, no se tiene duda que las libertades de opinión y expresión en el caso de los funcionarios judiciales no deben suponer una vulneración o violación del derecho que tiene la sociedad en su conjunto y las partes, en particular, a la imparcialidad a la hora adoptar decisiones dentro de un caso. Es por esta razón que los ordenamientos jurídicos internos han establecido todo un conjunto de normas dirigidas a evitar tal situación (preventivo) y, una vez configurado, remediar la situación por vía de la figura de los impedimentos (que lleva a que el (o la) Juez(a) se separe del conocimiento del asunto estudiado). Lo anterior sin perjuicio de los regímenes sancionatorios que también se puedan establecer.

En este punto, es claro que las anteriores disposiciones normativas deben ser construidas e interpretadas de modo tal que se trate de supuestos claros y precisos donde se vea comprometida la imparcialidad o independencia del Juez, pues lecturas ambiguas o excesivamente amplias pueden ser consideradas – estas sí – como injerencias indebidas en el normal desenvolvimiento de la administración de Justicia. Dentro de esta óptica habrá examinarse el asunto que aquí se revisa.

5. Medios probatorios.

Obran dentro del plenario los siguientes medios de prueba:

- a) Providencia del Juzgado 56 de Instrucción Penal Militar 28 de julio de 1994 a través de la cual se inicia la investigación al Cabo Primero Darley García Ocampo por la presunta comisión del delito de abandono de puesto³¹.
- b) Indagatoria rendida por Darley García Ocampo³² al interior del proceso penal adelantado por la presunta comisión del delito de abandono de puesto.
- c) Certificado de la Dirección Administrativa y Financiera del Ministerio de Defensa-Policía Nacional del 13/02/2004, mediante la cual se ordenó el pago de \$16'283,038.55 a favor de Juan Carlos Gaviria³³.
- d) Sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia del 30 de marzo de 2001, en la que se declara que la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, es responsable por los daños y perjuicios causados a Darley García Ocampo y Sor Marina Meneses por la privación injusta de la libertad a la que se vio sometido el primero y, como consecuencia, se condena al pago del equivalente de 300 gramos oro a favor de Darley García Ocampo y 150 gramos oro a Sor Marina Meneses Gil, por concepto de perjuicios morales y \$3'025.779.00 por concepto del daño material en la modalidad de lucro cesante³⁴.
- e) Proveído del Juzgado 56 de Instrucción Penal Militar de Medellín, de fecha 29 de diciembre de 1994, en el que se resuelve la situación jurídica del Cabo Primero Darley García Ocampo³⁵.
- f) Oficio del Juzgado 56 de Instrucción Penal Militar en la que se envía al señor García Ocampo Darley, al Centro Carcelario de Agentes de Belén el 2 de enero de 1995³⁶.
- g) Sentencia del Juzgado de primera instancia del 27 de marzo de 1995, en el proceso adelantado contra el Cabo Primero Darley García Ocampo por el delito de abandono de puesto, en la que se absuelve al procesado y se le concede el beneficio de libertad condicional³⁷.
- h) Sentencia del 4 de julio de 1995, en la que el Tribunal Superior Militar resuelve la consulta elevada sobre el fallo de primera instancia, confirmando dicha providencia³⁸.

6. El caso en concreto

Como primera medida, procede la Sala a analizar si en el caso en comento operó la caducidad de la acción, entendida esta como fenómeno jurídico en virtud del cual el titular de una acción pierde la facultad de acudir ante la jurisdicción por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley para ese efecto.

En materia de caducidad de la acción de repetición, resulta aplicable el artículo 11 de la Ley 678 de 2001 según el cual, la acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública³⁹.

Al respecto, se tiene que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en la que se condenó a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional a pagar a Darley García Ocampo las indemnizaciones correspondientes a los perjuicios causados por la privación injusta de la libertad de la que fue víctima, quedó en firme el 14 de mayo de 2009; lo anterior, por cuanto a folio 28 del C.1., obra copia del edicto fijado el 7 de mayo de 2001 y desfijado el 9 de mayo de 2001, siendo esta última fecha la de la notificación, según lo dispuesto en el artículo 173 del C.C.A⁴⁰, que remite al artículo 323 del Código de Procedimiento Civil⁴¹. Surtida la notificación, se entiende que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable en virtud de los artículos 180 y 267 del C.C.A, el recurso de apelación debe formularse ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres días siguientes a que se surta la notificación; para el caso, hasta el 14 de mayo de 2001, fecha en la que esta Sala entiende que, no habiéndose presentado el recurso, la providencia quedó en firme.

Contados 18 meses a partir del 14 de mayo de 2001, se tiene que el plazo para realizar el pago vencía el 14 de noviembre de 2002, siendo éste efectuado el 13 de febrero de 2004, es decir, por fuera de término. En conclusión, para efectos de determinar la caducidad, se deben contar dos años a partir del 14 de noviembre de 2002, lo cual arroja que la entidad tenía hasta el 15 de noviembre de 2004 para presentar la acción y la misma fue ejercida el 24 de octubre de 2004, es decir, dentro del término.

Superado este análisis y atendiendo los requisitos exigidos para que proceda la acción de repetición, se desarrollará cada uno de ellos en atención al acervo probatorio obrante:

Respecto del primer requisito, (calidad del agente o ex agente del Estado), se encuentra acreditada la calidad de juez penal militar que ostentaba el señor Gildardo Ospina Hoyos. Lo anterior, toda vez que en el expediente obran copias del sumario 1995 adelantado en contra del Cabo Primero Darley García Ocampo por la presunta comisión del delito de abandono de puesto, proceso iniciado en el Juzgado 56 de Instrucción Militar, a cargo del señor Gildardo Ospina Hoyos.

La Sala encuentra una serie de providencias, como los informes secretariales del 8 de julio de 1994, firmados por el juez⁴², la diligencia de ratificación juramentada que rindió el señor Capitán Carol Enrico Tascón Quintero⁴³, la diligencia de declaración juramentada que rindió el Agente de la Policía Nacional Jairo Albeiro Lotero Bolívar el 11 de julio de 1994⁴⁴, la diligencia de declaración juramentada que rindió el agente Luis Fernando Acevedo Rúa el 12 de julio de 1994⁴⁵, la diligencia de declaración juramentada que rindió el agente Guido Antonio Palacios Mena, la diligencia de indagatoria rendida por el Cabo Primero Darley García Ocampo⁴⁶, la providencia a través de la cual se dicta medida de aseguramiento en contra del Cabo Primero García Ocampo⁴⁷ y las demás diligencias adelantadas por el Juez 56 de Instrucción Penal Militar al interior del proceso, las cuales se encuentran firmadas por el señor Gildardo Ospina Hoyos. Dichos documentos, contrastados con aquellos suscritos por el demandado al interior del proceso de repetición que se adelanta en su contra y que nos ocupa en esta oportunidad, le permiten a la Sala concluir que se trata de la misma persona; lo anterior, por cuanto las firmas son coincidentes.

Sumado a lo anterior, se encuentra que en la contestación de la demanda⁴⁸, la curadora ad litem, Martha Arboleda Arango, refirió lo siguiente:

De los hechos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto de la demanda: Son parcialmente ciertos. El día 29 de diciembre de 1994, el señor Juez 56 de Instrucción Penal Militar, resolvió la situación jurídica del CP GARCÍA OCAMPO DARLEY, dentro del proceso 1955 por abandono de puesto, decretando en su contra la medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad provisional. (Negrita fuera del texto original).

Afirmación que se refuerza en los alegatos de conclusión, presentados por la apoderada designada por el demandado⁴⁹, en los que la parte manifiesta que: *“cuando el señor Ospina Hoyos tramitó el proceso penal y privó de la libertad al señor Darley García Ocampo, estaba convencido de actuar conforme a la ley, de encuadrar la conducta por éste cometida en el tipo penal correspondiente (...)”*.

De lo anterior, se desprende que existen suficientes elementos para que la Sala pueda determinar que el señor Gildardo Ospina Hoyos efectivamente fungió como Juez 56 de Instrucción Penal Militar y, en consecuencia, para considerar que se cumplió con el primer requisito para que proceda la acción de repetición, a saber, acreditar la calidad de funcionario público del demandado.

Respecto del segundo de los requisitos (condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere el pago a cargo del Estado), se encuentra dentro del proceso copia de la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia en la que se condenó a la Nación-Ministerio de Defensa- Policía Nacional por los daños y perjuicios causados a Darley García Ocampo y Sor Marina Meneses por la privación injusta de la libertad a la que se vio sometido el primero y, como consecuencia, se condena al pago del equivalente de 300 gramos oro a favor de Darley García Ocampo y 150 gramos oro a Sor Marina Meneses Gil, por concepto de perjuicios morales y \$3'025.779.00 por concepto del daño material en la modalidad de lucro cesante⁵⁰.

En este punto debemos referirnos al valor probatorio de los documentos en copia simple, siendo necesario precisar, que si bien la Sección Tercera⁵¹ ha sostenido que las copias simples carecen de valor probatorio por cuanto no cumplen con las exigencias establecidas en los artículos 253 y 254 del C.P.C., esto es, en cuanto a la primera disposición, los documentos *“se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento”*.

Por su parte, el artículo 254 del mismo cuerpo normativo establece los casos en los cuales las copias tienen el mismo valor probatorio del original:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente⁵².

3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa”.

Conforme a lo anterior, se ha sostenido que *“la ley le da a las copias un valor probatorio similar al del documento original, pero, como es obvio, la diligencia que da fe de que la copia que se sella corresponde al documento original o a una copia debidamente autenticada, debe ser cumplida directamente por el funcionario autenticante, sin que pueda suplirse con la adjunción de una simple copia con la atestación original referida. En otros términos, toda copia debe tener un sello de autenticación propia para poder ser valorada como el documento original”*⁵³, por lo que no se toma en cuenta ni son valoradas las copias simples.

Ahora bien, en los alegatos presentados por la parte demandada en primera instancia se cuestionó el valor probatorio de las copias allegadas, por lo que la Sala, al revisarlas encontró que tenían el respectivo sello del Tribunal Administrativo de Antioquia y la constancia secretarial, razones suficientes para que se tenga cumplido el segundo requisito.

En lo atinente a la tercera exigencia, esto es, el pago efectivo, la entidad demandante aportó una copia simple del certificado de la Dirección Administrativa y Financiera del Ministerio de Defensa-Policía Nacional del 13/02/2004 en la que se ordena el pago de \$16'431.330,22 a favor de Darley García Ocampo, para efectos de atender sentencias. La suma corresponde al pago dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia y los intereses, de acuerdo a lo plasmado en el recibo⁵⁴.

Por lo anterior, se tienen cumplidos los tres primeros requisitos para la procedencia de la repetición.

Por último, respecto del requisito consistente en la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa, la Sala ha explicado en diferentes oportunidades que, para efectos de determinar la culpa grave o dolo, se debe acudir a las normas vigentes para la época de los hechos, en este caso, a lo establecido en el artículo 63 del Código Civil:

“ARTICULO 63. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición⁵⁵ y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77⁵⁶ y 78⁵⁷ del C. C. A.. Así dijo⁵⁸ 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 deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política⁵⁹ y en la ley.

Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, 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 conducta.

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge 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, por otra parte, 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 cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.

Así las cosas, la determinación de si una conducta es dolosa o gravemente culposa, reviste un carácter probatorio, debido a que el actor debe demostrar que resulta probada tal circunstancia, solo en tal caso habrá lugar a endilgarle responsabilidad patrimonial a los demandados.

En el caso concreto, se tiene que al Cabo Primero Darley García Ocampo le fue iniciada una investigación por la supuesta comisión del delito de abandono de puesto, por hechos ocurridos el 5 de junio de 1994⁶⁰.

De la misma forma, está probado que el señor Gildardo Ospina Hoyos, quien para la época de los hechos fungía como Juez 56 de Instrucción Penal Militar, dictó una providencia, el 29 de diciembre de 1994⁶¹ a través de la cual impuso medida de aseguramiento al Cabo Primero Darley García Ocampo, por la supuesta comisión del delito de abandono de puesto.

En la citada decisión, el juez resolvió la situación jurídica del Cabo Primero, quien había sido señalado de haber abandonado la Base de Cerro Gordo del Municipio de la Unión, Antioquia, versión referida por el Capitán Carol Enrico Tascón Quintero, el Agente Jairo Albeiro Lotero Bolívar, Luis Fernando Acevedo, el teniente Wilson Sierra Rodríguez, el Agente Carlos Moreno Rosero y el Cabo Mora López.

Considera relevante la Sala señalar que, de acuerdo con lo referido por el Capitán Carol Enrico Tascón Quintero, el Cabo Primero García Ocampo

fue sorprendido el día 06 de junio de 1994 en el estadero Monterrey del Municipio de la Unión, en estado de embriaguez y sin previo permiso de su superior. Con base a esta declaración, transcribiendo el dicho de los demás testigos mencionados en el párrafo anterior y examinando lo referido por el acusado en la diligencia de indagatoria, el Juez 56 Penal de Instrucción Penal Militar procedió a resolver la situación jurídica, considerando lo siguiente:

“La conducta punible investigada encuentra su adecuación típica en el Código Castrense, libro primero, sección segunda, título II, capítulo I. Dice la norma que quien estando de facción o de servicio abandone el puesto por cualquier tiempo sin causa justificada incurrirá en las sanciones de ley con el agravante de que la pena aumenta si quien comete el abandono es el comandante de puesto. Se tiene demostrado con absoluta claridad que para el día 5 de junio/94 el cabo García Darley era el comandante de la Base Cerro Gordo (...)”

En este punto, el juez entró a analizar si la calificación de base y puesto eran asimilables, concluyendo que por “puesto” el código se refería a la posición, lugar o paraje; así mismo, enfatizó en las labores y responsabilidades asignadas a un comandante de base, cargo que ostentaba el procesado y que hacían más gravosa la situación.

Sobre el abandono, manifestó el juez lo siguiente:

“El abandono dice la norma puede ser por cualquier tiempo y el cabo García lo hizo de un día para otro y se desplazó una distancia considerable pues se necesita hasta un vehículo para hacerlo. Además la justificante que pretendió el sindicado no encuentra pleno respaldo en el expediente. Sus explicaciones no pasan de simples disculpas pues entre la Base y el Comandante del cual dependía, existe comunicación directa para haber solicitado cualquier clase de permiso⁶²”

En virtud de lo anterior, concluyó el juez que *“reunidos los requisitos del artículo 621 del Código Penal Militar, para dictar medida de aseguramiento por haber resultado indicio grave de responsabilidad, medida que consistirá en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional (artículo 628 numeral 2 en concordancia con el 639 numeral 1 ibídem).*

A juicio de la Sala, esta decisión fue proferida en desarrollo de la independencia judicial que le asistía al entonces Juez 56 de Instrucción Penal Militar, asunto que ya fue desarrollado en numeral 4 de la presente providencia. Lo anterior, por cuanto, como se evidenció, el funcionario emitió una medida, luego de analizar los elementos materiales probatorios y cotejar la conducta desarrollada por el Cabo Primero Darley García Ocampo y la normatividad aplicable. En otras palabras, no se encuentra que la providencia se hubiese proferido de manera arbitraria o con desconocimiento de la ley, sino que, por el contrario, se realizó una valoración probatoria y, partiendo de dicho análisis y de los requisitos exigidos por las normas, se optó por proferir una medida de aseguramiento.

Ahora bien, el C.P. Darley García Ocampo, presentó recurso de reposición contra la medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado 56 de Instrucción Penal Militar; sin embargo dicho recurso fue extemporáneo y, por ende, la providencia no fue estudiada nuevamente por el Juez 57 de Instrucción Penal Militar, como lo señala dicho funcionario en proveído del 11 de enero de 1995⁶³. En la alzada, el procesado manifestó que, atendiendo al principio de especialidad, el delito aplicable para su caso era el consagrado en el artículo 108 del Código Penal Militar, a saber, el de abandono de comandos especiales.

El 20 de enero de 1995, el procesado quedó a disposición del Juzgado de Primera Instancia⁶⁴ y el 27 de marzo de 1995, dicha autoridad judicial procedió a dictar sentencia en el proceso adelantado por abandono de puesto contra el C:P. Darley García Ocampo⁶⁵.

Inició el juez recopilando lo dicho por el procesado en la diligencia de indagatoria, lo manifestado por Agente Jairo Albeiro Lotero Bolívar, así como lo referido por los agentes Acevedo y Palacios y el CT. Luis Humberto Flechas Ayala quien, en su condición de comandante del Plan Energético Vial, manifestó que de acuerdo a la Resolución No. 6124 de julio de 1992, el Cabo Primero García Ocampo tenía la calidad de comandante de un comando especial.

Superado este punto, el juez de conocimiento consignó lo siguiente:

“Se deduce de los elementos de juicio que ciertamente el entonces suboficial acusado en su condición de Comandante de la Base Cerro-gordo, abandonó su puesto argumentando una calamidad familiar teniendo que ir hasta el pueblo a efectuar una llamada telefónica, lo cual quedó descartado mediante certificación expedida por el respectivo jefe de oficina de EDA

Es del caso analizar la conducta imputada al acudado (Sic) toda vez que aparentemente podría afirmarse que infringió el Código Penal Militar en su artículo 111, pero ocurre que conforme a lo señalado en la resolución No. 6124 del 21-07-92 el Plan Energético Vial es un servicio especializado creado para neutralizar los actos terroristas y como tal, quienes se encuentren al mando de dichas bases tienen la categoría de comandos especiales, corroborándolo los capitanes Tascon y Flechas, y entonces su comportamiento se adecúa al artículo 110 del citado estatuto(...)

Ahora bien, el artículo 108 del Código Penal Militar consagra una duración para poderse dar el punible antes mencionado, siendo en tiempo de paz por más de veinticuatro (24) horas, lo que en el caso de autos no ocurrió, observándose a través del plenario que el Cabo García estuvo fuera de la base aproximadamente diecisiete (17) horas, no obstante parezca paradójico que el Plan Energético Val tenga como fundamento controlar el orden público y el país no se halle en alguno de los estados de excepción⁶⁶. (Negrita fuera del texto original)

Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Penal Militar, que además resaltó que el Fiscal Permanente y la Defensa habían solicitado al juez de primera instancia la absolución del Cabo Primero, toda vez que, dada la naturaleza de la base, había lugar a aplicar el artículo referente a

abandono de comandos especiales y no al de abandono de puesto.

Estas providencias necesariamente indican que, si bien el proceso penal militar inició por la supuesta comisión del delito de abandono de puesto por parte del Cabo Primero Darley García Ocampo, en virtud del cual *“Quien estando de facción o de servicio abandone el puesto por cualquier tiempo sin causa justificada incurrirá en las sanciones de Ley con el agravante de la pena aumenta si quien comete el hecho es el comandante de puesto”*, el juez de conocimiento, en sede de primera instancia, modificó la imputación previamente realizada, en razón a la naturaleza de la base que comandaba el C.P. Darley García Ocampo, decisión que fue confirmada en sede de segunda instancia.

En consecuencia, para la Sala es claro que al momento de imponer la medida de aseguramiento la investigación seguía su curso respecto del abandono de puesto (no el de comandos especiales), delito para el cual se cumplían los requisitos, puesto que estaba suficientemente demostrado que el señor Darley García había sido encontrado por fuera de la base, consumiendo bebidas alcohólicas y sin autorización de su superior y, como lo refirió el Juez 56 Penal de Instrucción en su providencia, dicho delito, a diferencia del delito de abandono de comandos especiales, no requería un tiempo determinado para su configuración.

Bajo estas circunstancias, no encuentra esta Sala que el Juez hubiese actuado por fuera de sus competencias, ni con culpa grave o dolo pues, como es referido en los diferentes documentos que comprenden el sumario adelantado, hasta la fase de conocimiento en sede de primera instancia, el Cabo Primero fue denunciado e investigado por la comisión del delito de abandono de puesto, conducta bajo la cual el Juez 57 de Instrucción Penal Militar, el señor Gildardo Ospina Hoyos, fundamentó su decisión y realizó las diligencias correspondientes.

Sobre el particular es pertinente resaltar que, incluso en la sentencia proferida por el Juzgado de Primera Instancia, se señaló que el delito por el que se investiga al procesado corresponde al de abandono de puesto.

De lo anterior, considera esta Sala que no se desprende una conducta gravemente culposa que permita condenar al señor Gildardo Ospina Hoyos. Por el contrario, se encuentra una providencia ajustada a los hechos que se investigaban para ese entonces, sustentada con los elementos materiales recaudados hasta aquel momento y desarrollada de acuerdo a la normatividad vigente y aplicable para la fecha. Por esta razón, concluye la Sala que el último requisito para que proceda la repetición en este caso, no se configuró.

6. Condena en costas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: Confírmese la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 26 de junio de 2015, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Fls. 58-59, C.1.

2 Decreto 2550 de 1988

3 Fl. 75, C.1.

4 Fl. 77, C.1.

5 Fl. 101, C.1.

6 Fls. 102-103, C.1.

7 Fl. 108, C.1.

8 Fls. 114-118, C.1.

9 Fl. 120, C.1.

10 Fl. 121, C.1.

11 Fl. 156-164, C.1.

12 Fls. 174-182, C.Ppal

13 Fls. 184-184, C.Ppal.

14 Fls. 203207, C.Ppal.

15 Fls. 214-215, C.Ppal.

16 Respecto de la aplicación de las normas sustanciales en los casos de acción de repetición, se ha entendido que si los hechos que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la fuente de su responsabilidad civil frente al Estado. Sentencia de 5 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 2 de mayo de 2007, expediente: 18621; 6 de marzo de 2008, expediente: 26227; 16 de julio de 2008, expediente: 29221.

17 Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, entre otras.

18 Sentencia de 28 de abril de 2001, expediente: 33407.

19 La ley 678 de 2001 agregó que la obligación de pago también puede surgir de una conciliación aprobada legalmente.

20 Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de noviembre de 2007, expediente: 30327.

21 Naciones Unidas. Informe de la Relatoría sobre independencia de los jueces y abogados. A/69/294. Distribución general: 11 de agosto de 2014, p. 16.

2² Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171, y *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 145.

23 Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 73, y *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 55.

24 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*, *supra* nota 23, párr. 55.

25 Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, *supra* nota 22, párr. 171.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Esta tesis ha sido reiterada por la Corte en el caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, sentencia de 1° de julio de 2011.

27 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Campbell and Fell vs United Kingdom*. Sentencia de 28 de junio de 1984. Párr. 78. En texto en inglés es del siguiente tenor: 78. In determining whether a body can be considered to be "independent" - notably of the executive and of the parties to the case (see, inter alia, the *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 24, para. 55) -, the Court has had regard to the manner of appointment of its members and the duration of their term of office (*ibid.*, pp. 24-25, para. 57), the existence of guarantees against outside pressures (see the *Piersack* judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, p. 13, para. 27) and the question whether the body presents an appearance of independence (see the *Delcourt* judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, p. 17, para. 31).". Así mismo véase *Case of Langborger Vs. Sweden*. Sentencia de 22 de junio de 1989, Párr. 32.

28 En este sentido se pronuncia la Relatoría sobre independencia de los jueces y abogados de las Naciones Unidas:

"80. Sobre todo, la independencia del poder judicial se debería garantizar legalmente al más alto nivel, en la medida de lo posible en la Constitución. Otras garantías institucionales que es necesario establecer para asegurar la independencia del poder judicial son las siguientes: a) procedimientos transparentes de selección y nombramiento de los jueces y magistrados, incluidos criterios claros y objetivos basados en la competencia, la integridad y el mérito; b) el principio del juez natural o legítimo, que prohíbe los tribunales ex-post facto y limita el uso de tribunales especiales y tribunales militares; c) un presupuesto suficiente para el poder judicial, que debe prever recursos suficientes para que el sistema de justicia pueda desempeñar sus funciones debidamente; d) libertad de asociación y de expresión de los jueces y magistrados, en particular que permita su participación en los debates relativos a sus funciones y su situación, así como a cuestiones jurídicas; (...)" (Resaltado propio). Naciones Unidas. Relatoría sobre independencia de los jueces y abogados. A/69/294. Distribución general: 11 de agosto de 2014, p. 17.

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas. Washington, 2013, p. 75. Documento disponible en el siguiente enlace web: <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf> [Consultado el 20 de abril de 2015]

30 Del mismo modo los Principios de Bangalore sobre conducta judicial (2002) reconocen en el principio 4.6 el derecho a la libertad de expresión de los jueces, en los siguientes términos: “4.6 Un juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión y de creencias, derecho de asociación y de reunión pero, cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportará siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura.”

31 Fl. 62, C.2.

32 Fls. 64-66, C.2

33 Fl. 7, C.1.

34 Fls. 8-27, C.1.

35 Fls. 86-91, C.2.

36 Fl. 37, C.1.

37 Fls.38-44, C.1.

38 Fls. 46-51, C.1.

39 Bajo los mismos términos, el artículo 136 numeral 9 dispone que: *La de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad.*

40 ARTÍCULO 173. Una vez dictada la sentencia conforme lo dispone el artículo 103 de este código se notificará personalmente a las partes, o por medio de edicto, en la forma prevista en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil tres (3) días después de haberse proferido. Al Ministerio Público se hará siempre notificación personal. Una vez en firme la sentencia deberá comunicarse con copia íntegra de su texto, para su ejecución y cumplimiento.

41 ARTÍCULO 323. Las sentencias que no se hayan notificado personalmente dentro de los tres días siguientes a su fecha, se harán saber por medio de edicto que deberá contener:

1. La palabra edicto en su parte superior.

2. La determinación del proceso de que se trata y del demandante y el demandado, la fecha de la sentencia y la firma del secretario.

El edicto se fijará en lugar visible de la secretaría por tres días, y en él anotará el secretario las fechas y horas de su fijación y desfijación. El original se agregará al expediente y una copia se conservará en el archivo en orden riguroso de fechas.

La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

42 Fl. 52, C.2.

43 Fl. 53, C.2.

44 Fl. 54, C.2.

45 Fl. 55, C.2.

46 Fls. 64-66, C.2

47 Fls. 86-91, C.2.

48 Fls. 114- 118, C.1.

49 Fl. 132, C.1.

50 Fls. 8-27, C.1.

51 Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de mayo de 2000, expediente: 17566; 27 de noviembre de 2002, expediente: 13541; 31 de agosto de 2006, expediente: 28448; 21 de mayo de 2008, expediente: 2675; 13 de agosto de 2008, expediente: 35062, entre otras.

52 Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-023 de 1998.

53 Posición reiterada en sentencia de 6 de marzo de 2008, expediente: 26227.

54 Fl. 7, C.1.

55 Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.

56 Sentencia C -100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.

57 Sentencia C - 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.

58 Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

59 El artículo 83 Constitucional reza: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”*.

60 Fl. 52, C.2.

61 Fls. 86-91, C.2.

62 Fl. 35, C.1.

63 Fl. 106, C.2.

64 Fl. 108, C.2.

65 Fl. 38, C.1.

66 Fls. 93-94, C.1.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:20:29