

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / TOMA DEL PALACIO DE JUSTICIA / DESAPARICIÓN FORZADA – Auxiliar del cheff de cafetería / FALLA DEL SERVICIO / PRUEBA INDICIARIA / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

[Y]a la Sala ha tenido oportunidad de fijar su criterio en tomo de los hechos referentes a la ocupación del Palacio de Justicia por parte del grupo subversivo M19, para establecer que por distintos aspectos la administración era patrimonialmente responsable como consecuencia de las fallas del servicio entonces resaltadas y analizadas. En este orden de ideas, las consideraciones contenidas en la sentencia de 19 de agosto de 1.994, proferida dentro del proceso No. 9276, promovido por la señora Susana Becerra de Medellín, con ponencia de quien elabora el proyecto de esta providencia, perfectamente tienen aplicación en el subjudice (...) [C]on relación a la desaparición de la señora Ana Rosa Castiblanco, estima la Sala que si bien no se encuentra prueba directa que permita atribuir tal desaparición a la administración, sí obran en el expediente distintas comprobaciones de carácter indiciario que permiten concluir que la mencionada señorita sí desapareció a raíz de los hechos cumplidos en el Palacio de Justicia por parte de la fuerza pública (...) [L]a mencionada señora trabajaba como auxiliar del Cheff en la Cafetería del Palacio de Justicia se encuentra igualmente establecido con los testimonios aportados para tal efecto. Aparte de lo anterior, cabe destacar como lo hizo el Tribunal, una serie de hechos o circunstancias que permiten deducir la desaparición de la aludida víctima (...) Es incuestionable que si el comportamiento estatal hubiere sido diferente, si las labores de custodia y vigilancia se hubieran cumplido adecuadamente, si el manejo del personal rescatado y retenido se hubiera efectuado en forma bien organizada y si el levantamiento y manejo de los cadáveres se hubiera cumplido legal y técnicamente, no se podría sostener la existencia de ese nexo causal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996)

Radicación número: 25000-23-31-000-1996-11798-01(11798)

Actor: MARIA INES CASTIBLANCO TORRES

Demando: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL y FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de noviembre de 1.995, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se

dispuso:

"PRIMERO: Declárase no probada la excepción propuesta.

"SEGUNDO: Declárase administrativamente responsable a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, por los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1.985, en los cuales desapareció ANA ROSA CASTIBLANCO TORRES.

"TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, condénase a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA a pagar por concepto de perjuicios materiales y morales así:

"MATERIALES: Para el menor RAUL OSWALDO LOZANO CASTILLO la suma de CUATRO MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE CON OCHENTA CENTAVOS (\$4.719.887.80).

"Esta suma se actualizará, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

"MORALES: Para la señora MARIA INES CASTIBLANCO TORRES, el equivalente en pesos de QUINIENTOS (500) GRAMOS DE ORO. Para el menor RAUL OSWALDO LOZANO CASTIBLANCO el equivalente en pesos de MIL (1000) GRAMOS DE ORO.

"El valor del gramo de oro, será el que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"CUARTO: Para efecto del cumplimiento de este proveído se dará aplicación a lo dispuesto en el art. 176 y 177 del C.C.A.

"QUINTO: Si este fallo no fuere apelado consúltese con el superior".

I. ANTECEDENTES PROCESALES.

1°. La demanda.

La señora MARIA INES CASTIBLANCO TORRES, en escrito presentado el 5 de noviembre de 1.987 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, formuló demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"I. LA NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional) y FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a la señora MARIA INES CASTIBLANCO TORRES y a su sobrino menor de edad por la Desprotección (sic) de la seguridad y posterior desaparición de su hermana y madre ANA ROSA CASTIBLANCO TORRES, auxiliar del Cheff de Cocina de la Cafetería - Restaurante del Palacio de Justicia, en los hechos sucedidos los días 6 y 7 de noviembre de 1985 en la ciudad de Bogotá.

"Que como consecuencia de la anterior declaración condene a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional) y FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, a indemnizar y pagar en forma solidaria a la señora MARIA INES CASTIBLANCO TORRES y al menor de edad RAUL OSWALDO LOZANO CASTIBLANCO, la totalidad de los daños y perjuicios

materiales incluidos daño emergente y lucro cesante, causados por la desprotección y la desaparición de ANA ROSA CASTIBLANCO TORRES, en la cuantía que resulte demostrada dentro del proceso, reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga.

"Igualmente pagará los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se condenen, desde el 7 de noviembre de 1985 hasta la fecha de ejecutoria de la providencia y el pago efectivo de esta suma por parte de las entidades responsables.

"III. Condenar a la Nación (Ministerio de Defensa, Policía Nacional) y FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA a pagar solidariamente al demandante, los daños y perjuicios morales en cantidad a mil gramos oro, para cada uno de los demandantes, según certificado oficial del valor del oro al tiempo de la sentencia".

2°. Fundamentos de hecho.

Los relacionados en la demanda, se reducen, en síntesis a los siguientes:

1. Luego de transcribir una semblanza de ANA ROSA CASTIBLANCO TORRES, se refiere que ella se desempeñaba como auxiliar del Cheff en la Cafetería-Restaurante del Palacio de Justicia en la época que se dió la ocupación del mismo por el movimiento guerrillero M-19. Para esos días los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, especialmente los de la Sala Constitucional, quienes estudiaban la ley aprobatoria del Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, se encontraban amenazados.
2. Con respaldo en la denuncia de la Procuraduría ante la Cámara de Representantes, alude a las amenazas recibidas, acompañadas de pasquines, sufragios y anónimos amenazantes contra los miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. De igual manera se refiere al atentado contra el General Samudio Molina ejecutado el 23 de octubre de 1.985, fecha en la cual el M-19 anunció *"algo de tanta trascendencia que el mundo quedaría sorprendido"*. Tal anuncio amenazante generó algunos operativos de control de las entradas al Palacio, los cuales se suspendieron el 5 de noviembre de 1.985, hasta el punto de que al día siguiente, el control y vigilancia dependía exclusivamente de unos celadores particulares inadecuadamente armados.
3. Con fundamento en el informe que rindió el Tribunal Especial, en la demanda se transcribe la constancia aprobada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de rechazar las manifestaciones acerca de que había sido el doctor Reyes Echandía quien había pedido levantar la vigilancia policiva que se venía prestando en el Palacio. Así mismo, retoma la declaración del señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, para entonces Presidente del Consejo de Estado, quien abiertamente descalifica tales versiones.
4. Así pues, con base en lo actuado tanto por el Tribunal Especial, como por la Procuraduría General de la Nación, concluye el actor que "el Gobierno y sus estamentos militares fueron previamente informados o dijéramos mejor advertidos, prevenidos sobre la posible toma del MI9 o el latente peligro al cual estaban expuestos los Magistrados por la acción y amenazas de los narcotraficantes". Frente a tal situación estima que han debido tomarse medidas extraordinarias, sin que haya lugar a alegar caso fortuito o fuerza mayor, por cuanto no fue un ataque sorpresivo o sin antecedentes.
5. Hace igualmente referencia el demandante, a la toma como rehenes de 16

Magistrados de la Corte, 12 Consejeros de Estado y más de 250 civiles que se hallaban dentro de las dependencias, así como al llamado angustioso del doctor Reyes Echandía para que cesara el fuego y se procurara una fórmula de diálogo. Alude a la utilización indiscriminada de armas de destrucción sin tomar en cuenta la integridad de los rehenes y sin apreciar que el Palacio de Justicia no era una fortificación militar, sino una edificación civil en manos de unos guerrilleros.

6. Se relata que Ana Rosa Castiblanco Torres era la auxiliar del Cheff de la Cafetería-Restaurante, y al momento de la toma del Palacio se hallaba desempeñando sus funciones en ese lugar, en donde, como medida de seguridad, junto con los demás empleados, debieron esconderse en busca de protección. En el caso de Ana Rosa, se dice en la demanda, que debió permanecer allí en la cafetería hasta el momento del rescate.
7. En cuanto a las labores de hallazgo e identificación de los despojos humanos, sostiene la parte actora que se dificultó "por el rápido barrido de todas las áreas del Palacio y por la forma apresurada y antitécnica como se efectuaron los levantamientos judiciales...". Así mismo califica de apresurada la forma como "se practicó la inhumación de cadáveres y de la parte de ellos en fosa común, junto con los cadáveres de las víctimas de la tragedia de Armero". Considera que todo el procedimiento cumplido frente a los cadáveres fue equivocado, no se procedió para facilitar la investigación y, por el contrario, se desconoció el derecho de los familiares de reclamar los cadáveres de sus parientes para trasladarlos a los lugares que quisieran para sepultarlos.
8. Advierte que la Presidencia de la República no ha atendido las peticiones de los familiares de Ana Rosa Castiblanco, y que las investigaciones de la Procuraduría General de la Nación no han dado resultados sobre la actuación y responsabilidad del ejército y la policía que participaron en los hechos sangrientos del Palacio.
9. Encontró también la parte demandante que en el subjuice se daba una falla del servicio por la desprotección de las instalaciones del Palacio de Justicia y de la integridad de los ocupantes del mismo; por la reacción oficial ante la toma guerrillera, desconociendo elementales reglas del Derecho de Gentes y contraria a la política de entendimiento del entonces Presidente de la República Betancur Cuartas; por la falta de precauciones mínimas, improvisación y desorden de las autoridades en el operativo de rescate; por el irrespeto a la vida e integridad de Magistrados, Consejeros y demás ocupantes del Palacio; por la inobservancia de las normas de Procedimiento Penal para el levantamiento de cadáveres; por la irregular forma de enterrar en fosa común los despojos mortales y por la expedición del Decreto 3822 de 27 de diciembre de 1.985 que asimila la situación de los desaparecidos en Armero con la de los del Palacio de Justicia.
10. Así mismo se afirma que el desaparecimiento de Ana Rosa, produjo en su familia efectos similares y más graves aún que los de su propia muerte, en razón del permanente estado de incertidumbre, angustia y ansiedad que el desconocimiento de su suerte le ha producido a su hermana e hijo. Por consiguiente reclaman "por una recompensa", que si bien no reemplaza al ser querido, por lo menos genera un equilibrio patrimonial "por las repercusiones económicas de las angustias e impactos psicológicos y por el mismo dolor o malestar que genera la pérdida de un ser querido".

3º. Actuación procesal.

El auto admisorio de la demanda les fué notificado al Ministro de Justicia, al Director General de la Policía Nacional y al Director General del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

El apoderado de la Policía Nacional se limitó a solicitar el decreto y práctica de algunas pruebas. El apoderado del Fondo Rotatorio manifestó su oposición a las peticiones contenidas en la demanda y negó los fundamentos de derecho en que se apoya. De otra parte, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa e inexistencia de la falla del servicio o de la obligación por parte del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, por cuanto no le correspondía a tal entidad mantener un cuerpo de policía en el Palacio de Justicia, a pesar de lo cual mantenía vigilantes de carácter privado, para la custodia del edificio.

La apoderada del Ministerio de Defensa se opuso a las súplicas de la demanda y propuso la excepción de inepta demanda. Sostuvo además la inexistencia del vínculo causal.

Agotado el período probatorio se dispuso el traslado de rigor para que las partes formularan sus alegatos de bien probado.

El apoderado de la parte actora, en escrito visible a folios 180 a 188 del cuaderno principal, hizo referencia al estado de alteración del orden público en el país, los antecedentes de amenazas a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de toma del Palacio de Justicia, con fundamento en las cuales se establecieron procedimientos de control en los puntos de acceso al Palacio, servicio que fué suspendido el 5 de noviembre de 1985, razón por la cual al día siguiente la vigilancia estaba sólo a cargo de celadores particulares. Descarta que el Doctor Reyes Echandía u otro Magistrado hubiesen solicitado la suspensión de los servicios de seguridad. Alude así mismo al poder destructivo del armamento militar cuyos efectos se proyectaron sobre los guerrilleros y sobre el personal civil ajeno a la contienda, sin atender las llamadas angustiosas del Presidente de la Corte para que cesara el fuego. Estas referencias las hace con fundamento en las consideraciones del Tribunal Especial y de la Sala plasmadas en anteriores pronunciamientos. Agrega que la víctima trabajaba en la Cafetería, según figura en la nómina para pago de sueldos, en el testimonio de Carmen Ligia Paipa Gamba y Luis Angel Garzón Díaz. Argumenta igualmente que Ana Rosa Castiblanco aparece relacionada entre los desaparecidos según el Tribunal Especial, para concluir que la falla del servicio originó la desaparición forzada de dicha señora, cuyos efectos de carácter moral y sentimental son mayores para sus seres queridos que inclusive su propia muerte, por la incertidumbre y la angustia de carácter crónico que deben soportar. En cuanto a los perjuicios básicamente reitera lo dicho en la demanda.

El apoderado de la parte demandada, en escrito visible a los folios 189 a 268, luego de hacer algunas breves referencias teóricas respecto de la responsabilidad administrativa, afirma que el Estado está exento de toda responsabilidad pecuniaria cuando su función implica el ejercicio de su soberanía, de tal forma que ni los actos legislativos, ni los de gobierno, ni los del juez, ni los hechos de guerra pueden dar lugar a una acción de responsabilidad en contra del Estado. Sostiene entonces, que cuando se trata de actos de poder público, "la regla que domina es aquella de la irresponsabilidad pecuniaria del Estado. Esta regla se aplica en las relaciones del Estado con sus funcionarios, en el ejercicio de actividades de defensa, en la función legislativa, en las actividades de control del orden público, en la función judicial...".

Al hacer mención de los fundamentos de la responsabilidad administrativa, se refiere al daño, el cual, para ser reparado estima que debe ser cierto, especial, anormal, y recaer sobre una situación jurídicamente protegida. Ese daño, anota, jurisprudencialmente se ha establecido que debe acreditarse por cuanto no es

presumible. Hace igualmente referencia al daño moral, respecto del cual advierte algunos problemas que en su entorno se presentan, entre otras razones, porque su reconocimiento compensatorio del dolor "conduce a minimizar la vida humana y a hacer del dolor un negocio", por lo que su demostración se encuentra sometida a ciertas restricciones de carácter probatorio.

Prosigue su exposición el memorialista para referirse a la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio, con la advertencia de que el daño no será reparable sino en la medida en que pueda ser imputable a una persona pública determinada, es decir, que la administración no responde de las consecuencias perjudiciales de sus actos, que no se hubieran realizado de no ser por la intervención de un tercero, o bien cuando el daño es imputable a la víctima porque ésta lo provoca o lo agrava.

Continúa la demandada refiriéndose al régimen de responsabilidad por falta y al respecto manifiesta que en lo contencioso administrativo se aplica el principio según el cual la prueba de la falla del servicio incumbe al actor, con excepción de aquellos casos en que la falla del servicio se presume, eventos en los cuales se invierte la carga de la prueba y debe el Estado acreditar la existencia de una fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima.

Al hacer mención de las formas de reparación, precisa que esta jurisdicción tradicionalmente ha considerado como único medio de reparación, el pago de una indemnización, sistema que excluye la reparación en "nature" o de obligación de hacer. Tal indemnización debe ser estrictamente calculada y para tal efecto debe tomarse en cuenta la declaración de renta de la víctima. Menciona así mismo el apoderado la llamada indemnización "a forfait", y se refiere a la Ley 126 de 1.985 mediante la cual se creó una pensión vitalicia especial para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, así como los auxilios médicos otorgados a los damnificados del Palacio de Justicia y la gratificación pecuniaria concedida por el Decreto 3.270 de 1.985, reformado por el Decreto 3.381 del mismo año.

Con respecto a la afirmación del demandante acerca de la contradicción de la política de entendimiento y mano abierta a los grupos subversivos, manifiesta que lo contradictorio está en la conducta del M19 que a pesar de los diálogos y treguas, pretendió enjuiciar al Presidente de la República. Así mismo argumenta que hubiera sido absurdo que el Presidente hubiera permitido el derrocamiento del Gobierno y del Estado de Derecho, con violación de su obligación constitucional de sostener las instituciones democráticas, a pesar de lo cual sí gestionó la posibilidad de diálogo con el grupo guerrillero, según consta en las Actas del Consejo de Ministros correspondientes a los días en que se efectuó la toma, cuyos apartes transcribe.

Sostiene que no se ha demostrado la supuesta desaparición de Ana Rosa Castiblanco, ya que no se probó directamente o indiciariamente que se encontrara en el Palacio de Justicia para la fecha de los hechos, es decir no se ha probado el hecho dañoso ni el daño mismo.

Alude también al ámbito de las obligaciones del Estado y respalda su posición defensiva con el argumento de que el Estado Colombiano agotó todos los esfuerzos posibles para preservar la integridad de los rehenes, a pesar de lo cual algunos fallecieron, para concluir que en cuestiones de defensa el Estado se encuentra a merced de sus atacantes. Respalda su planteamiento en providencias de la Sala en las que se ha expresado que a la Nación no puede exigírsele que haga lo imposible y que la obligación de protección consagrada en el artículo 16 de la Carta Fundamental es de medio mas no de resultado.

Analiza igualmente el punto de la necesidad de la prueba, previsto en el artículo 174 del C. de P.C. según el cual "Toda decisión judicial debe fundarse en las

pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso". Recuerda como reiteradamente la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que para condenar por falla en el servicio se deben acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad y plantea que en el proceso no reposa la demostración suficiente sobre el hecho supuestamente constitutivo de la falla o falta del servicio.

Adelanta su argumentación refiriéndose a la falta de vigilancia y protección brindadas al Palacio de Justicia y a los Magistrados de la Corte Suprema y sostiene que no se demostró esa falta de custodia y que, por el contrario, resulta claro que sí se dieron las medidas de seguridad tanto para la edificación como para los integrantes de la Corte. De una parte estaban los vigilantes de la empresa COBACEC LTDA quienes fallecieron a manos de los guerrilleros y, de otra, a los Magistrados se les había asignado servicio individual de escoltas del DAS y de la Policía Nacional, quienes con los vigilantes fueron los primeros en repeler el ataque de los miembros del M-19.

Aduce igualmente que el gobierno jamás se negó a dialogar con los guerrilleros y que el Presidente de la República a través del Director de la Cruz Roja Colombiana propició el diálogo con los, subversivos sin poderse lograr por el rechazo violento que el grupo armado le hiciera. Insiste en que el gobierno en todo momento procuró proteger la vida de quienes se encontraban en el Palacio y rechaza que se hubiera efectuado la llamada "operación rastrillo", la cual de haberse realizado hubiera permitido concluir rápidamente la operación de rescate y no se hubiera propiciado el diálogo con el grupo guerrillero.

Con referencia a las conclusiones a que llegó el Tribunal Especial estima que aquéllas no pueden tomarse como pruebas en este proceso, en razón a que el Diario Oficial contentivo de las mismas no prueba nada distinto a que los Miembros de la Comisión realizaron una labor de instrucción criminal a la cual el gobierno quiso darle publicidad. De hecho, sostiene, su misión era la de investigar y emitir unas conclusiones y no la de proferir un fallo o sentencia. Desconoce al Diario Oficial aludido el carácter de prueba documental en sí mismo por no considerarlo documento público, dado que carece de firma y no se acomoda a las condiciones del artículo 251 del C. de PC. Agrega además, que las publicaciones oficiales tienen el valor de copias auténticas de los documentos públicos que en ellos se inserten. Sin embargo, anota que el documento contentivo de las conclusiones no tiene el carácter de documento público por cuanto no se ajusta a lo previsto en el artículo 251 ya citado.

Así las cosas, expresa que darle validez a las afirmaciones del Tribunal Especial, equivale a decretar de hecho y en la propia sentencia el traslado de las pruebas recaudadas por ese Tribunal, sin atender a que sólo pueden trasladarse pruebas de un proceso judicial y que tales pruebas no fueron practicadas en un "proceso" y menos con audiencia de las partes en controversia. Aduce también sobre el particular que el conocimiento personal del juez no suple la necesidad de probar y debatir el hecho entre las partes conforme al rito procesal. Así mismo que tampoco la tesis del hecho notorio es suficiente para suplir el deber de prueba que le corresponde a la parte demandante. Encuentra un tanto confusa y sutil la definición del hecho notorio y sostiene que la Corte Suprema de Justicia ha rechazado el hecho notorio como supletivo del deber de probar los hechos que originaron el proceso, para concluir entonces que sin perjuicio de las consecuencias desastrosas de la toma del Palacio de Justicia y de la notable publicidad de los hechos, así como de la indignación nacional contra las Fuerzas Armadas, quien pretendiera demandar por lo sucedido no quedaba librado de probar los hechos y sus afirmaciones.

Sostiene que ninguna autoridad civil o militar ocasionó los hechos, y que no se ha demostrado que hubiera causado la muerte o desaparición de ninguna persona. Como razones de inconformidad expone el apoderado, la ausencia total de elementos o medios probatorios, especialmente que no se demostró que la

persona supuestamente desaparecida se hallara en el lugar de los hechos.

De otra parte considera que no existió la falla del servicio calificable como grave y dadas las circunstancias de alteración del orden público reinante en el país y las actuaciones del M19, le permite sostener que una falla grave se considera leve. Así mismo no acepta la existencia de algún nexo de causalidad entre las supuestas fallas y la desaparición de Ana Rosa Castiblanco Torres. Afirma que la falta de vigilancia del Palacio no se puede tomar ni siquiera como concausa y que de haberse mejorado aquella no se hubiera evitado la pretendida desaparición. No encuentra relación alguna entre la seguridad del Palacio y las otras fallas del servicio con la desaparición de Ana Rosa Castiblanco. Tal desaparición, si hubiera sido cierta, constituiría una falla del servicio generadora de responsabilidad, pero por el hecho mismo de la desaparición, así no se hubieran presentado las otras fallas en el servicio.

Sostiene que la desaparición de la señora Castiblanco Torres no obedeció a la acción u omisión de las fuerzas militares, pues ello no aparece demostrado. Por parte alguna encuentra acreditado el nexo causal entre la actividad de una persona jurídica de derecho público y el daño supuestamente ocasionado. Afirma que la administración no debe responder de las consecuencias perjudiciales de sus actos que no se hubieren podido realizar de no ser por la intervención de un tercero, por cuanto la relación causal entre la actuación pública y el daño debe ser directa, y el hecho intermediario hace inimputable a la administración. Agrega que no se probó la dependencia económica de los demandantes ni se acreditó el daño moral.

4º La sentencia apelada.-

Consideró el Tribunal que el sub iudice debía manejarse por el régimen de la falla del servicio y para tal efecto se refirió a los elementos que la configuran y que además, junto con ella, conforman la responsabilidad patrimonial de la administración. Hizo el a quo una relación pormenorizada de las pruebas documentales y testimoniales arrimadas al proceso.

Con amplia transcripción de las declaraciones recaudadas de quienes directamente participaron o se vieron involucrados de alguna forma en los hechos antecedentes, concomitantes y posteriores a la toma guerrillera del Palacio de Justicia, a cuyos textos, por elementales razones de tiempo y espacio, la Sala se remite, el Tribunal consideró que podían reprocharse a la Administración las siguientes conductas:

El estado de desprotección en que se encontraba el edificio del Palacio de Justicia, dadas las condiciones especiales que se vivían en noviembre de 1.985. Los Magistrados de la Sala Constitucional de la Corte habían sido seriamente amenazados, el conocimiento del Gobierno Nacional sobre el plan para efectuar la toma del Palacio por parte del M19, a pesar de lo cual la Policía Nacional retiró la vigilancia que brindaba.

Descartó el Tribunal que la vigilancia prestada por una empresa particular fuera suficiente para repeler un ataque como el que se insinuaba contra el Palacio y rechazó la versión de que el doctor Reyes Echandía hubiera solicitado el retiro de la vigilancia policiva.

Censura así mismo la manera como confrontó a los atacantes del Palacio, con peligro para la vida de los rehenes y civiles ajenos al enfrentamiento, utilizando armas y técnicas de lucha mortales, gases, etc, sin procurar la protección de quienes inocentemente se encontraban junto a los subversivos.

Concluyó, pues, el fallador de primera instancia, otorgando credibilidad a los testimonios transcritos, teniendo en cuenta, su concordancia, precisión y exactitud

en tomo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos.

Consideró el a quo que si bien el Estado se encontraba en su derecho y en el deber de mantener y recobrar el orden público, tal facultad debía ejercitarse en concordancia con el respeto debido a los derechos humanos fundamentales, que no admiten limitación alguno porque ello implicaría su desconocimiento. Para concluir el tema de la falla del servicio, se dijo en la sentencia impugnada que el Estado y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia incurrieron en omisiones en la vigilancia, que enfrentó a la subversión con elementos ofensivos que pusieron en peligro a los rehenes.

Al ocuparse del daño, es decir, de la desaparición de la hermana y madre de los demandantes, consideró el a quo que se había acreditado su existencia, así como su ocupación como auxiliar del Cheff de la cafetería que funcionaba en el primer piso del Palacio de Justicia, tomó el Tribunal en consideración los testimonios rendidos sobre el particular; además tuvo en cuenta el que figurara como desaparecida en la lista elaborada por la Procuraduría General. Así mismo, pesó el hecho de que algunas personas que tuvieron que ver con lo acontecido la dieran por desaparecida. Tomó en cuenta además el fallador de primera instancia que otros empleados de la cafetería también desaparecieron.

Con respecto a la relación de causalidad entre las fallas del servicio y el daño anotados, considera que precisamente por el errado manejo de la situación por parte de las autoridades nacionales, produjo la desaparición de Ana Rosa Castiblanco. Consecuente con tal apreciación dispuso el reconocimiento de una suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para el menor Raúl Oswaldo Lozano Castiblanco y de 500 gramos del mismo metal para María Inés Castiblanco Torres. Por perjuicios materiales dispuso el reconocimiento en favor del menor aludido de la cantidad de \$4'719.887.80.

Uno de los Magistrados del Tribunal salvó voto.

RAZONES DE LA APELACION.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia. Consideró que no se daba el hecho constitutivo de la falla del servicio ni el nexo causal entre ésta y el daño. Considera que el Tribunal en el fallo impugnado invirtió la carga de la prueba, trasladándola a la demandada para que probara la inexistencia de la falla. Cuestiona así mismo la aplicación retroactiva de la constitución y reitera que las conclusiones del Tribunal Especial no pueden tenerse como pruebas en el proceso. En desarrollo de los planteamientos relacionados concluye que “no se desvirtuó por ningún medio la presunción de la legalidad, idoneidad y buena fe que cobija la actuación del Estado”. Reafirma su posición en el sentido de que en todo momento existieron medidas de seguridad para la protección del Palacio, las cuales no pudieron contener el ataque guerrillero. Aduce que no se demostró que la acción de la fuerza pública hubiera sido desordenada o ineficaz y descarta el incumplimiento de la obligación de protección de los rehenes por parte de las fuerzas armadas. Insiste igualmente en que no se desconoció el derecho de gentes. Con respecto al perjuicio moral afirma que no se probó y en cuanto al perjuicio material considera que el mismo carece de certeza. Nuevamente argumenta la falta de prueba sobre la presencia de Ana Rosa Castiblanco Torres en el Palacio de Justicia y sostiene que su desaparición no se dió por culpa del Estado colombiano. Cuestionó que se hubiesen tenido como pruebas las conclusiones del Tribunal Especial y en torno de tal posición formula distintas observaciones.

El señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo manifestó su impedimento para conocer de este proceso, razón por la cual fue reemplazado conforme a la ley.

En la oportunidad para alegar de conclusión las partes presentaron sendos escritos visibles a folios 359 a 363, de la actora, y 364 a 395, de la demandada. En uno y otro se reiteran, en términos generales, los planteamientos expresados en el curso del proceso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero señalar que ya la Sala ha tenido oportunidad de fijar su criterio en tomo de los hechos referentes a la ocupación del Palacio de Justicia por parte del grupo subversivo M19, para establecer que por distintos aspectos la administración era patrimonialmente responsable como consecuencia de las fallas del servicio entonces resaltadas y analizadas. En este orden de ideas, las consideraciones contenidas en la sentencia de 19 de agosto de 1.994, proferida dentro del proceso No. 9276, promovido por la señora Susana Becerra de Medellín, con ponencia de quien elabora el proyecto de esta providencia, perfectamente tienen aplicación en el subjudice y por lo mismo se transcribirá lo pertinente de la misma, en los siguientes términos:

“Dado que son múltiples los aspectos jurídicos y facticos objeto de controversia procesal, con miras a facilitar el examen de cada uno de los puntos en litigio, la Sala procede a examinarlos por separado, en los siguientes términos:

"1) El ejercicio de la soberanía como eximente de responsabilidad estatal.

“Planteó el apoderado de la Nación, al contestar la demanda y al recurrir de la sentencia, que el Estado queda exento de responsabilidad patrimonial en aquellas ocasiones en las que su función implica el ejercicio de la soberanía, en forma tal que ni los actos legislativos, ni los de Gobierno, ni los del juez, ni los hechos de guerra, pueden dar lugar a una acción de responsabilidad en contra del Estado, en otras palabras, "cuando se trata de actos de poder público, la regla que domina es aquella de la irresponsabilidad pecuniaria del Estado".

"Frente a tan extrema y cuestionable posición, pareciera que el impugnante lo que pretende en su argumentación fuera retroceder a momentos anteriores ya superados en la teoría y práctica de la responsabilidad extracontractual del Estado, al invocar el principio de Laferriere, para quien "lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación", expresión extraña en los actuales momentos de nuestra legislación, y ajena al criterio jurisprudencial y doctrinario imperante sobre la materia, no solo en nuestro país, sino en la casi totalidad de los sistemas jurídicos de las demás naciones. Cabe recordar que si bien en algún momento la estructura del poder se basaba en la noción de soberanía, básicamente enmarcada en su estructura dentro de los conceptos de actos de gestión y actos de poder, ante la necesidad de un mayor intervencionismo estatal se hizo imperiosa la exigencia al Estado de alguna responsabilidad frente a los particulares, para en esa forma ponerle fin a la etapa de irresponsabilidad estatal.

"Aparte de lo anterior, cabe señalar cómo, ni normativa, ni jurisprudencialmente, en nuestro sistema se ha implantado o reconocido tan excepcional concepto de irresponsabilidad. Baste anotar, que ni en los artículos 16, 20, 30 y 51 de la Carta Política de 1.886, columna vertebral de nuestro régimen de responsabilidad administrativa extracontractual, ni en las demás disposiciones constitucionales y legales que lo complementaron, se liberó de responsabilidad, por excepción, al Estado, con base en los motivos expresados por la demandada, como reiteradamente lo precisó la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia y ésta Corporación. Idéntica apreciación procede con respecto a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política vigente y en relación con el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, norma en la cual tampoco se consagró excepción alguna de responsabilidad, que sirviera de respaldo a la argumentación del representante judicial de la Nación.

"2). El régimen de responsabilidad aplicable.

"Sea lo primero señalar que para la Sala no existe ninguna duda con respecto al régimen de responsabilidad extracontractual bajo el cual se decidirá la presente controversia. Sin desconocer que teóricamente lo acontecido podría enmarcarse dentro de la tesis objetiva del daño especial, dada, en principio, la legitimidad de la actuación oficial y los daños ocasionados, lo cierto es que se hallan en el proceso fundamentos fácticos y jurídicos más que suficientes para estructurar el régimen de responsabilidad a la luz de la teoría de la falla o falta del servicio.

"Jurisprudencial y doctrinariamente, con respaldo fundamental en el artículo 16 de la anterior Constitución Nacional, de donde se desprende quizás la más importante de las obligaciones del Estado: la de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, obligación que además constituye en considerable proporción no solo el fundamento de la actividad estatal, sino que justifica su existencia y organización, así como la serie de poderes de que dispone y de la obediencia y respeto que le deben los administrados. Sobre el incumplimiento de las aludidas obligaciones y de las demás plasmadas en la propia Carta o en las leyes, por vía jurisprudencial se ha edificado el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, bajo el criterio de que tal incumplimiento obligacional, sea de índole constitucional, legal o reglamentario, implica una falla del servicio que aunada con el daño y el nexo causal genera la responsabilidad patrimonial de la administración.

"El concepto anterior, el de la falla del servicio como sustento del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, no solo ha sido cotidiano y reiterado sustento jurídico de la justicia contencioso administrativa para decidir las controversias sobre responsabilidad patrimonial pública, con mayor fuerza en la actualidad, con base en lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política vigente, que continúa orientando en número mayoritario, las providencias respectivas. Precisamente y para darle claridad a algunas anticipadas concepciones doctrinales, la Sala ha clarificado la vigencia jurisprudencial de la teoría de la falla del servicio, en simultaneidad con el concepto de daño antijurídico, sobre el cual actualmente se estructura el régimen constitucional del artículo 90 sobre responsabilidad patrimonial de los entes oficiales. Al respecto, en providencia del 13 de julio de 1.993, expediente No. 8163, actor: José Elías Rivera, con ponencia del señor Consejero Doctor Juan de Dios Montes Hernández, se precisó: **"Con esta orientación, es lógico concluir que la falla del servicio ha sido, en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado;** en efecto, si al juez administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y **si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación administrativa a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual"**. Continúa el fallo:

"En este panorama se puede observar, como ya se dijo, cierta tendencia objetivizante, en cuanto al tratamiento del daño indemnizable se refiere del artículo 90 de la Constitución Política, y **el mantenimiento de la falla del servicio como principal título de imputación del daño al Estado y, por lo tanto, la conservación de la regla general de la responsabilidad subjetiva"**. (Negrilla por fuera de texto).

"Establecido, pues, el criterio de la Sala con relación al régimen de responsabilidad preferencialmente aplicable, se procede a determinar si en el subjuicio resulta comprometida bajo dicho régimen la responsabilidad de la Nación por los hechos que originaron este y otros procesos similares.

"3. La falla del servicio.

"Sobre el particular la parte actora ha expresado que con anterioridad al 6 de noviembre de 1.985 el Gobierno Nacional y la propia opinión pública estaban enterados no solo de las amenazas que existían contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, sino también de la pretendida ocupación del Palacio de Justicia por parte del M-19.

"Tales manifestaciones sin duda se ajustan a la realidad procesal, si se toma en cuenta:

"a) Que en la reunión correspondiente al 30 de Septiembre de 1.985, el Consejo Nacional de Seguridad se trató el tema de las amenazas que existían contra los Magistrados de la Corte, según informe rendido por el DAS, cual fue leído por su Director Maza Márquez, en el cual "Analiza los antecedentes, los hechos más significativos, la credibilidad de las amenazas y presenta conclusiones y recomendaciones", en tanto que el General Delgado Mallarino, Director General de la Policía Nacional expresa que "los Magistrados en general aceptan las medidas de seguridad que se adopten, salvo el doctor Ricardo Medina Moyano, quien no ha querido que se le de protección"; el Ministro de Gobierno se refirió a que en el Consejo Nacional de Seguridad se había convenido enviar "una carta a la Corte Suprema de Justicia en la cual se le informara sobre el conocimiento que tenía de las amenazas a algunos Magistrados de la Corte y sobre la necesidad de tomar las medidas del caso para brindarles seguridad", posición que compartió el Ministro de Justicia, quien además agregó "que tales amenazas no debían mantenerse en reserva sino darse a conocer para que no se convirtieran en una grave presión para los Magistrados y por esa razón resolvió hacerlas conocer a través de los medios de comunicación", (fls. 395 y 396 c.2).

"b) Que en el Estudio de Seguridad del Palacio de Justicia elaborado por la DIJIN en el mes de octubre de 1.985, en su introducción se lee: "La Dirección General de la Policía Nacional consciente de los riesgos actuales y potenciales que afecta la integridad personal de los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en razón de la naturaleza de sus funciones y muy especialmente como resultado de los propósitos criminales expresados por bandas organizadas dedicadas al narcotráfico..." (fl. 143 c.3)

"c) Que el Ministro de Defensa Miguel Vega Uribe al intervenir ante el Congreso manifestó: " El día 16 de octubre el Comando General de las Fuerzas Militares recibió por carta un anónimo que decía (acá tengo el original); El M-19 planea tomarse el edificio de la Corte Suprema de Justicia el jueves 17 de octubre, cuando los magistrados estén reunidos, tomándolos como rehenes al estilo Embajada de Santo Domingo; harán fuertes exigencias al Gobierno sobre diferentes aspectos, entre ellos el tratado de extradición'. Este es el anónimo que llegó". (Las Fuerzas Armadas de Colombia y la defensa de las instituciones democráticas, página 55. Folio 98 c.3). En el transcurso de su intervención afirmó luego que el mismo día que llegó el anónimo, la Dirección de Inteligencia del Ejército comunicó que existían indicios e informaciones de que el M-19 "pretendía apoderarse del Edificio de la Corte Suprema de Justicia...como consecuencia de lo anterior, el Departamento de Policía Bogotá reforzó la vigilancia del edificio y la protección de las personas que tenían ya seguridad...Ese mismo día 23 de octubre, mediante un casete enviado a una cadena radial, el señor...en un atrevido comunicado,..manifestó que llevarían a cabo algo de tanta trascendencia que el mundo quedaría sorprendido" (La misma intervención, página 58).

"d) Que en la prensa nacional del 18 y 25 de octubre, en el periódico El Siglo, se informó: **"Hallan plan del M-19 para ocupar Palacio de Justicia"**.

"e) Que para el 4 de noviembre de 1.985, la Policía Nacional retiró la vigilancia que prestaba en el edificio del Palacio de Justicia, sin que al respecto se encuentre en el proceso justificación o explicación alguna para tomar tan irresponsable determinación. La mayor parte de los testimonios recaudados de los Magistrados

de la Corte y de los Consejeros de Estado, permiten deducir que fue una medida inconsulta, tomada a espaldas de los Presidentes de dichas Corporaciones.

"El entonces Ministro de Justicia en sesión de Consejo de Ministros, manifestaba : "...Tenemos el deber de investigar por qué se retiró el día de la toma del Palacio de Justicia por el M-19, la fuerza que el DAS y la Policía habían asignado para la protección de la Corte y del Consejo de Estado".

"El doctor Humberto Murcia Ballén expresó : "En varias sesiones plenas de la Corte Suprema de Justicia se decidió que se solicitara la vigilancia policiva indispensable para proteger el palacio y las personas que en él trabajaban...Estos requerimientos inicialmente no fueron acatados...pero unos pocos días antes ocho más o menos, y más precisamente cuando al país vino el señor Presidente de Francia...el Palacio se vió invadido en número múltiple por unidades del DAS, del Ejército y de la Policía. Pero curiosamente en la última semana esa vigilancia se redujo al mínimo, a tal punto que el seis de noviembre de ese año, hacia las once de la mañana,...advertí con sorpresa que el Palacio estaba ya sin vigilancia la única que encontré al entrar por la puerta de la carrera octava con calle once eran dos unidades de la seguridad privada..." (fls. 139- 140 c.3)

"En similar sentido se pronunciaron bajo juramento los doctores Nemesio Camacho Rodríguez , María Helena Giraldo Gómez, Jorge Valencia Arango, Aydeé Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra y Carlos Betancur Jaramillo, todos ellos funcionarios de la Corte Suprema o del Consejo de Estado, presenciales de los momentos antecedentes, concomitantes y posteriores a la toma. El último en mención, era además el Presidente del Consejo de Estado, estuvo más cerca de las medidas de seguridad y trató el asunto personalmente con el también Presidente de la Corte Suprema de Justicia el doctor Alfonso Reyes Echandía. De la certificación jurada de aquél, estima la Sala conveniente resaltar los siguientes aspectos:

""En el mes de octubre de ese año de 1.985, no recuerdo la fecha, se hizo una reunión a la que asistieron las salas de gobierno de la Corte y del Consejo...y unos oficiales de la policía con el fin de discutir el plan que las fuerzas militares habían elaborado para la seguridad tanto de los Magistrados de la Corte y del Consejo como de la edificación misma...Se nos presentó un plan bastante ambicioso, estudiado y completo...En esa misma reunión los señores oficiales informaron que los organismos de inteligencia de las fuerzas militares habían detectado días antes un plan terrorista orientado a la toma del Palacio de Justicia por el M-19; y que a eso precisamente, se debían las medidas que con urgencia había que tomar...Efectivamente con anterioridad a la visita del Presidente francés se aumentó considerablemente el número de funcionarios de la policía, agentes y oficiales encargados de la vigilancia y se empezó a controlar estrictamente el ingreso al Palacio; esto se hizo hasta unos dos o tres días antes de los sucesos trágicos. El martes 5 de noviembre ,después del festivo del 4, el Palacio amaneció solo, con la escasa vigilancia privada que teníamos de tiempo atrás....No tuve en esos días ninguna información hablada o escrita, relacionada con el retiro de la fuerza pública, ni recibí ninguna explicación por parte de las fuerzas de policía y menos por parte del señor Presidente de la Corte...no recibí llamada ni del Ministerio de Justicia ni de organismo militar en la que se me comunicara la disminución o el retiro de la vigilancia policiva...Reitero que el servicio policivo no se suspendió por petición de algún miembro de la Corte o del Consejo y menos por los que teníamos en ese momento la vocería de las Corporaciones, el doctor Reyes Echandía y yo...Ni yo di la orden de retiro del servicio policivo ni el doctor Reyes Echandía pudo hacerlo, dadas las conversaciones previas que habíamos tenido ...Estábamos demasiado compenetrados con el deber que teníamos y no podíamos dejar a los funcionarios sin protección, bien por capricho nuestro o bien por

intransigencia de uno o dos compañeros. Además tuve información que en ese puente anterior a la toma del Palacio, ni siquiera estaba el doctor Reyes en la ciudad. Creo recordar que estaba en Bucaramanga"" (fls. 226 a 233 c.3).

"De igual manera está acreditada en el proceso la forma como el Gobierno Nacional reaccionó ante la ocupación del Palacio de Justicia por parte del movimiento guerrillero M-19. Sin obedecer a un operativo estratégicamente estudiado y analizado, sin medir las múltiples y graves consecuencias que de todo orden podían derivarse no solo para el propio Estado colombiano, sino para las instituciones judiciales amenazadas, haciendo caso omiso de la vida e integridad de quienes sin ser protagonistas de violencia quedaron encerrados en la edificación ocupada, sin atender las llamadas angustiosas del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Alfonso Reyes Echandía, quien solicitaba con suficiencia de motivos un cese al fuego, el Gobierno Nacional, con el Presidente de la República a la cabeza no prestó atención oportuna y adecuada a tan angustioso llamado. La única respuesta en la práctica fueron más disparos, más violencia, más agresión, que solo dejarían más muertos entre los guerrilleros y quienes no lo eran, más desolación, más resentimientos, y sobre todo el sabor amargo de saber que la violencia militar había prevalecido sobre el respeto que constitucionalmente la fuerza pública le debía a los jueces y a sus colaboradores, quienes sin otras armas que su dignidad y sabiduría jurídica, se hallaron a tan mala hora en el Palacio de Justicia.

"La presencia de personal civil ajeno a la ocupación, integrado por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por los Consejeros de Estado, por los funcionarios y empleados de tales corporaciones judiciales, por quienes en razón de sus funciones debían realizar diligencias dentro del edificio, no alcanzaron a impedir el uso exagerado e irresponsable de las armas oficiales. El pie de fuerza fue sin duda numeroso, el armamento fue de gran poder destructivo, participaron tropas de la Compañía Antiguerrillas, Escuela de Artillería, Escuela de Caballería, Escuela de ingenieros, Grupo Mecanizado Rincón Quiñones, Policía Militar, Batallón Guardia Presidencial, Departamento de Policía Bogotá, vehículos Cascabel y Urutú, pistolas, revólveres, fusiles y ametralladoras de diferentes calibres, granadas de fragmentación y cañón, subametralladoras, bombas Kleimer, minas, dinamita, explosivos plásticos, personal y armamento que fueron utilizados precipitadamente, con desconocimiento absoluto de quienes indefensos se encontraron en medio de la violencia, afectándolos por igual, lastimados inmisericordemente y sin diferenciación alguna por las armas de la subversión, o por las de quienes constitucionalmente, de manera paradójica, estaban obligados a protegerlos en su vida e integridad. Lamentablemente, antes que la defensa de las instituciones, lo que se dio fue un exceso en el uso del poder y un desconocimiento de los fines del Estado, los que le impidieron prever al Gobierno Nacional, las dolorosas consecuencias que traería para Colombia y para sus gentes el sacrificio ilegítimo y precipitado no solo de algunos de los más caracterizados y notables exponentes de la justicia colombiana, sino de los demás funcionarios y ciudadanos que ajenos a la contienda, sin embargo, en medio de la misma encontraron la muerte.

"En las condiciones anteriormente relacionadas concluye la Sala, con pleno convencimiento, que en el subjuicio sí se presentó una falla del servicio por parte de la fuerza pública encargada de procurar la vigilancia de los Magistrados y Consejeros, así como del propio Palacio de Justicia y de quienes allí por una u otra razón se encontraban laborando. Hubo falla del servicio por cuanto a pesar de que, como se estableció, se conocían las amenazas contra los funcionarios judiciales y la intención de ocupar el Palacio de Justicia, la acción gubernamental en tal sentido no funcionó adecuadamente.

"Si bien se proyectaron medidas de seguridad, lo cierto es que las mismas quedaron apenas en el papel y allí todavía se encuentran en el informe rendido

sobre el particular. La vigilancia incrementada por la visita del Presidente de Francia desapareció cuando el mismo salió de Colombia. Ni la Policía Nacional, ni el Das, ni el Ejército, prestaron custodia alguna para el día de la toma del Palacio, y ello a pesar de que se trataba de una toma anunciada, como la calificaron distintos personajes del propio gobierno. En verdad resulta de difícil comprensión para la Sala la actitud en extremo negligente, imprevisiva y desde luego culposa de las autoridades de la República para dejar en la más aterradora desprotección a Consejeros, Magistrados y personal que laboraba en el Palacio de Justicia, a la buena de Dios y con el único respaldo de una exigua vigilancia particular, carente de experiencia y de los medios necesarios para enfrentarse a un enemigo audaz, osado y peligroso, el que venía amenazando de muerte a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y el mismo que había anunciado, de tiempo atrás, la ocupación del Palacio donde aquella funcionaba. Era el mismo enemigo que había sido objeto de comentarios en la reunión del Consejo Nacional de Seguridad, organismo de donde surgió la determinación de brindar una especial protección a los referidos funcionarios judiciales y establecimiento de labores.

"El conocimiento pleno y anticipado que de las amenazas tenían las autoridades, la dignidad e investidura de quienes directamente eran los más amenazados, hacen más ostensible y, por supuesto, de mayor entidad la falla del servicio, por omisión.

"Pero no solo se trata de la falla antes anotada. También obró equivocadamente la fuerza pública al intentar la recuperación del Palacio de Justicia, operativo que se caracterizó por la desorganización, la improvisación, el desorden y anarquía de las Fuerzas Armadas que intervinieron, la ausencia de voluntad para rescatar sanos y salvos a los rehenes, todo esto con el desconocimiento absoluto de los más elementales Derechos Humanos y principios básicos del Derecho de Gentes. Con razón el Procurador Primero Delegado ante la Corporación, en términos que la Sala comparte íntegramente, manifestó: " Se observa pues que los principios generales del Derecho de Gentes, o aún del Derecho Internacional Humanitario, no requieren necesariamente de expresión positiva en un ordenamiento interno. **El Protocolo II, que afirma que la población civil en caso de operaciones militares gozará de protección contra los peligros que conllevan dichas operaciones y que no pueden ser objeto de ataque, puede ser complementario del contenido obligatorio enunciado por el Artículo 3 común....**En síntesis, tanto por los Convenios de Ginebra, incorporados positivamente al derecho interno, como por los Protocolos I y II adicionales a aquellos, **los civiles no combatientes que se encontraban en el Palacio de Justicia tenían un derecho cierto e indiscutible a un trato humano**". Agrega más adelante el señor Procurador Primero Delegado, **"que por la vía del artículo 121 de la Constitución de 1.886 se imponía al Estado, incluso en operancia de los estados de excepción, el respeto del derecho de gentes"**. (Lo destacado es de la Sala). Deduce lo anterior del criterio expresado en la ponencia para segundo debate en el Senado, de la Reforma Constitucional de 1.968, donde se expresó que las reglas y principios contenidos en convenios y tratados internacionales los cuales ha suscrito Colombia " si bien implican poderes sobre las personas y las cosas, **suponen también y, esencialmente, limitación en la conducción de las acciones bélicas, pues se han establecido para ello y en guarda de la dignidad de la persona humana, y con el propósito de eliminar la barbarie en los conflictos armados...**" Lo anterior permite concluir, con el citado funcionario " que el operativo militar fue excesivo e inhumano en tanto no se preocupó por salvaguardar la vida de los rehenes, y que violó las normas internacionales existentes sobre el Derecho de Gentes - no debe olvidarse que al interior del denominado Derecho de Guerra también existe una filosofía ética que exige el respeto a la dignidad humana- y, por tanto, constituyó una falla del servicio por la cual la Nación colombiana debe responder patrimonialmente".

"No comparte la Sala las apreciaciones del apoderado de la parte demandada, en cuanto pretende desconocer que procesalmente la falla del servicio se encuentra

debidamente acreditada. Las consideraciones precedentes surgieron de una suficiente evidencia probatoria que el juzgador encuentra bastante para tener por demostrada la falla del servicio, sin necesidad, inclusive, de acudir al régimen de responsabilidad por falla presunta y la consecuente inversión de la carga de la prueba. Es por lo anterior que la Sala, contra el razonamiento del impugnante, estima que en el subjuicio sí se le ha dado perfecta aplicación al precepto del artículo 174 del C. de P.C., conforme al cual "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso".

"Precisamente, con relación al aspecto probatorio del proceso, la entidad pública ha cuestionado el valor que en tal sentido el a quo concedió a las conclusiones del Tribunal Especial, por cuanto el Diario Oficial que contiene tales conclusiones no prueba otra cosa sino que los miembros de dicha comisión adelantaron una labor de instrucción criminal a la cual el Gobierno quiso darle oficialmente publicidad, sin que tales conclusiones constituyeran un fallo o sentencia. De otra parte aduce que el Diario Oficial tenga carácter de prueba documental en sí mismo, dado que no lo considera documento público por no acomodarse a lo previsto en el artículo 251 del C. de P.C. Argumenta así mismo que no puede considerarse como prueba trasladada en razón a que no provienen tales conclusiones de un "proceso", ni las pruebas fueron practicadas con audiencia de las partes.

"No está de acuerdo la Sala con todas las apreciaciones de la parte demandada en tomo al valor probatorio asignado a las conclusiones del Tribunal Especial. De una parte, su calidad de documento público mal podría desconocerse cuando sus autores fueron funcionarios públicos especialmente designados por el Gobierno Nacional para investigar oficialmente lo sucedido en el Palacio de Justicia y al emitirlo cumplían una función pública y lo hacían, desde luego, en ejercicio de su cargo, situación que corresponde a lo previsto en el inciso tercero del artículo 251 del C. de P.C.".

Resultan igualmente aplicables al caso examinado, las consideraciones de la Sala, contenidas en la sentencia de 13 de octubre de 1.994, actor José María Guarín Ortiz, donde se planteó también el desaparecimiento de la víctima quien, como en este proceso, igualmente laboraba en la cafetería del Palacio de Justicia. Se dijo en dicha providencia:

"Aparte de las anteriores consideraciones acerca de la existencia de la falla del servicio por los hechos y omisiones reseñados, en el caso particular de la señorita Cristina del Pilar Guarín Cortés, se hace necesario examinar el comportamiento estatal posterior a la toma y a los operativos militares. Inexplicablemente las diligencias de levantamiento de cadáveres, reconocimiento de los mismos y su inhumación, el manejo de las personas retenidas y el control sobre cada una de estas, por virtud de un errático e ilegítimo procedimiento, impidió en gran parte arribar a conclusiones precisas en tomo de la forma como murieron muchas de las víctimas, de su ubicación e identificación.

"El diligenciamiento cumplido para el levantamiento de los cadáveres, más con sabor castrense, que jurisdiccional, fue adelantado con un absoluto desconocimiento de las más elementales normas de la investigación penal, como son, entre otras, el mantenimiento de los cuerpos y objetos en el lugar de los hechos, la recolección y organización de los elementos encontrados, todo en forma individual y debidamente discriminado, huellas dactilares, y otras similares, señales particulares, objetos personales etc, así como la conservación de rastros y huellas que posteriormente le permitan al juzgador establecer el desarrollo de lo acontecido. Con razón el propio Tribunal Especial criticó abiertamente la actuación cumplida por las autoridades militares que no esperaron a que los jueces competentes hicieran lo que les correspondía.

"A más de lo anterior y como complemento del equivocado procedimiento, se ordenó por el Juez 78 Penal Militar darle sepultura en fosa común a 25 cadáveres, entre los cuales estaban 17 que no se habían podido identificar. Tal determinación fue arbitraria e ilegítima, a más de que le impidió a los dolientes la disposición sobre los cuerpos de las víctimas, generando, por lógica inferencia, un estado de duda sobre la identidad de los cadáveres inhumados que se proyecta sobre el paradero de quienes figuran como desaparecidos.

"Pero si de la anárquica disposición de los cadáveres resulta una situación confusa, ésta se agrava aún más si se analiza la forma como se manejó la situación de las personas que con razón o sin ella fueron retenidas por las fuerzas militares y de policía. Sin ninguna organización, sin orden de ninguna naturaleza, esas personas tomaron rumbos fermentes: o fueron dejadas en libertad inmediata, o fueron llevadas a la Brigada de Institutos Militares, o las condujeron a las instalaciones de la Policía Nacional, o a la Alcaldía, creando una enorme confusión con quienes fueron retenidos por encontrarse de imprudentes espectadores. Ninguna constancia existe al respecto, no se levantaron actas para deducir dónde, ante cuál autoridad y qué destino se le dió a cada persona. Tal parece que primó la simple voluntad de anónimos funcionarios civiles o militares para decidir la situación de las personas retenidas. En tales condiciones, por la desorganización misma de las autoridades que conocieron de lo sucedido, más adelante se hizo imposible determinar cuál fue el destino de tantas personas que hoy se tienen como desaparecidas. En verdad, los testimonios de Eduardo Matson Ospina y Yolanda E. Santodomingo, entre otros, transcritos por el Tribunal, enseñan suficientemente cuál fue el ignominioso tratamiento que los militares les dieron luego de salir de la cafetería del palacio, so pretexto de investigar lo sucedido. Tales ilegítimos y cuestionables procedimientos a la luz no solo de nuestra propia organización constitucional y legal, sino aún frente a la normatividad de carácter internacional, implica sin lugar a dudas una falla del servicio por parte de las fuerzas militares".

4. El daño.

Conforme a lo anteriormente expuesto, en el subjudice se encuentra establecida la falla del servicio. Corresponde ahora establecer si se encuentra igualmente acreditado en el proceso el segundo elemento estructural de la responsabilidad patrimonial, esto es, el daño.

Al respecto, es decir, con relación a la desaparición de la señora Ana Rosa Castiblanco, estima la Sala que si bien no se encuentra prueba directa que permita atribuir tal desaparición a la administración, sí obran en el expediente distintas comprobaciones de carácter indiciario que permiten concluir que la mencionada señorita sí desapareció a raíz de los hechos cumplidos en el Palacio de Justicia por parte de la fuerza pública.

Suficientemente demostrada se encuentra la existencia como persona de Ana Rosa Castiblanco, según se desprende del Registro Civil de nacimiento y de otras informaciones procesales.

Que la mencionada señora trabajaba como auxiliar del Cheff en la Cafetería del Palacio de Justicia se encuentra igualmente establecido con los testimonios aportados para tal efecto. Aparte de lo anterior, cabe destacar como lo hizo el Tribunal, una serie de hechos o circunstancias que permiten deducir la desaparición de la aludida víctima. Son ellos: El hecho de que figure en la lista de desaparecidos elaborada por la Procuraduría General de la Nación, las informaciones de la Procuraduría sobre la existencia de algunas personas en el Palacio de Justicia al momento de producirse la toma y que luego resultaron

desaparecidas. Igualmente debe tomarse en consideración el hecho de que otras personas que se encontraban en la cafetería e inclusive hablaron por las emisoras, posteriormente no fueron encontradas, como tampoco lo fueron algunas otras que misteriosamente también allí desaparecieron inclusive sin ser empleadas de la cafetería.

En las anteriores condiciones, con fundamento en los hechos y circunstancias relacionados, provenientes de distintas fuentes y convergentes a señalar la desaparición de Ana Rosa Castiblanco, concluye la Sala que tuvo razón el fallador a quo al deducir su desaparición en el Palacio de Justicia, conclusión idéntica a la que en tal sentido arribó el Tribunal Especial.

Establecidos, pues, los dos primeros elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la administración, se procede a examinar si entre la falla del servicio y el daño, se presenta una relación de causalidad. Sobre el particular estima la Sala que entre la desaparición de la señora Castiblanco Torres y las fallas del servicio anotadas en párrafos anteriores se da una relación de causalidad tan evidente que de no haberse presentado aquéllas tampoco se hubiera dado la desaparición. Es incuestionable que si el comportamiento estatal hubiere sido diferente, si las labores de custodia y vigilancia se hubieran cumplido adecuadamente, si el manejo del personal rescatado y retenido se hubiera efectuado en forma bien organizada y si el levantamiento y manejo de los cadáveres se hubiera cumplido legal y técnicamente, no se podría sostener la existencia de ese nexo causal.

Estima la Sala que si el Gobierno hubiese tomado las medidas requeridas para lograr una efectiva y real custodia de los Magistrados y una adecuada vigilancia del Palacio de Justicia, o si el manejo táctico-militar hubiera sido más humano, más lógico y medianamente razonable, si las actividades posteriores a la toma hubieran sido más técnicas y organizadas, otras seguramente hubieran sido las consecuencias, no solo con respecto a los guerrilleros ocupantes, sino, especialmente, con relación a las víctimas civiles fallecidas o desaparecidas en tan cruento y absurdo episodio.

Es cierto que el hecho del tercero, constituye causal exonerativa de responsabilidad estatal, en tanto que ese tercero no dependa de la propia administración y además que el hecho aludido sea causa exclusiva o determinante del daño. En el caso bajo estudio considera la Sala que fue decisiva la contribución de las autoridades gubernamentales a la ocurrencia del daño, por causa precisamente de la falla del servicio anteriormente establecida. Fueron tales autoridades quienes con su negligente y omisiva conducta dieron lugar, o por lo menos facilitaron, la ocupación del Palacio de Justicia, pues conociendo de antemano que existían amenazas no solo contra la vida e integridad de los magistrados, sino de ocupación por parte del M-19 de la edificación, a pesar de estar en capacidad de evitar la anunciada toma, ninguna medida preventiva ordinaria tomaron, mucho menos extraordinaria, como lo exigía la situación. Esa contribución estatal traducida en la falla del servicio que le permitió al M-19 tomarse el Palacio de Justicia es la que hace recaer la responsabilidad exclusivamente sobre la Nación y desautoriza la eximente alegada como medio de interrumpir o romper el nexo de causalidad entre la falla de la administración y el daño ocasionado. Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía de ser, en el subjudice, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de preverlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo, y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida.

En tomo del tema analizado, cabe recordar el fallo de 24 de agosto de 1.989,

expediente 5693, del cual fije ponente el señor Consejero Doctor Gustavo De Greiff Restrepo, cuyos apartes pertinentes contienen:

"La doctrina es unánime al considerar que para que el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenersele como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño.

"Se hace notorio que el hecho del tercero debe ser imprevisible puesto que si puede ser prevenido o evitado por el ofensor le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual 'no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo'. Y debe ser irresistible puesto que si el causante del daño puede válidamente oponerse a él y evitarlo, luego no lo puede alegar como causal de exoneración".

Establecidos entonces los elementos configurativos de la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber: la falla del servicio, el daño y el nexo causal entre éste y aquélla, resultaba no solo pertinente, sino procesalmente imperativa la declaratoria de responsabilidad que hizo el juzgador de primera instancia.

Considera la Sala que la referida responsabilidad debe asumirla exclusivamente la Nación - Ministerio de Defensa-Policía Nacional, en razón a que correspondía a las Fuerzas Armadas la vigilancia y custodia tanto de los Magistrados, como del Palacio de Justicia. Por lo demás, los otros entes públicos demandados igualmente son parte integrante de la Nación. En cuanto al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, en razón a que la naturaleza misma de la vigilancia exigida y adecuada para hacer frente al tipo de amenazas recibidas no le correspondía suministrarla, ni tenía los medios para brindarla, estima la Sala que por tal motivo no debe asumir responsabilidad alguna por los daños ocasionados.

Con respecto a los perjuicios morales reclamados por la hermana y el hijo de Ana Rosa Castiblanco Torres, comparte la Sala el reconocimiento hecho por el a quo en favor de los demandantes en cuantía equivalente en pesos a 500 gramos de oro para la primera y 1.000 gramos del mismo metal para el segundo.

Respecto de los perjuicios materiales, la Sala se muestra de acuerdo con la liquidación que de los mismos hizo en favor del menor Raúl Oswaldo Lozano Castiblanco. Revisada la liquidación se observa que el a quo aplicó las fórmulas y procedimientos jurisprudencialmente utilizados por la Sala. Sólo quedaría por actualizar la suma total de \$4'719.887.80, con base en el índice de precios al consumidor vigente al hacer el Tribunal la liquidación (465.14) y el que rige para la fecha de esta sentencia (563.49). Se aplica la fórmula:

$$Vp=Vh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice final}} ; \qquad Vp= 4'719.887.80 \frac{563.49}{465.14} =\$5'717.868.97$$

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

FALLA:

1.- CONFIRMANSE los ordinales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, en cuanto a los perjuicios morales se refiere, CUARTO Y QUINTO de la sentencia apelada, esto es, la de 16 de noviembre de 1.995, proferida por la Sección Tercera del

Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2.- MODIFICASE el ordinal TERCERO de la sentencia apelada, en cuanto se refiere a los perjuicios materiales, por cuyo concepto la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional deberá pagar al menor Raúl Oswaldo Lozano Castiblanco la suma de Cinco millones setecientos diecisiete mil ochocientos sesenta y ocho pesos con 97/100 Moneda Corriente.

3.- Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P.C. se tendrá en cuenta lo previsto en el artículo 37 del Decreto 359 de 1.995. Las copias de la sentencia se le entregarán al apoderado de la actora que ha venido representándola.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE y DEVUELVA

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, dos (2) de Diciembre de mil novecientos noventa y seis. (1996).

JESUS MARIA CARRILLO BALLESTERO
PRESIDENTE

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

RICARDO HOYOS DUQUE

CARLOS ALBERTO CORRALES MUÑOZ

SECRETARIO