

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO / AUSENCIA DE PRUEBA / PRUEBA INDICIARIA / INDICIO / PALACIO DE JUSTICIA / HOLOCAUSTO DEL PALACIO DE JUSTICIA / VÍCTIMA DEL HOLOCAUSTO DEL PALACIO DE JUSTICIA / CASO PALACIO DE JUSTICIA / CASO DE DESAPARICIÓN FORZOSA / FUERZA PÚBLICA / AGENTE DEL DAS / POLICÍA JUDICIAL / DESAPARICIÓN FORZADA

[C]on relación a la desaparición de la señorita (...) estima la Sala que si bien no se encuentra prueba directa que permita atribuir tal desaparición a la administración, si obran en el expediente distintas comprobaciones de carácter indiciario que permiten concluir que la mencionada señorita si desapareció a raíz de los hechos cumplidos en el Palacio de Justicia por parte de la fuerza pública (...) cabe destacar como lo hizo el Tribunal, una serie de hechos o circunstancias que permiten deducir la desaparición de la aludida Cajera. Son ellos: El hecho de que figure en la lista de desaparecidos elaborada por la Procuraduría General de la Nación, así como la determinación de esta entidad para que se adelantaran los trámites necesarios para establecer su paradero; las distintas diligencias realizadas con resultados negativos en la Décima Tercera Brigada, en el Instituto de Medicina Legal y en la Cafetería del Palacio en busca de evidencias; la búsqueda que ordenó a cargo de una agente especial del DAS de la señorita (...) y de otras personas en las distintas cárceles de Bogotá. Los diligenciamientos anteriores se produjeron como consecuencia de las informaciones de la Procuraduría sobre la existencia en el Palacio de Justicia al momento de producirse la toma y que luego resultaron desaparecidas. El mismo comportamiento de los familiares y la indagación personal que el propio demandante y padre de aquella hizo la noche del 7 de noviembre en la edificación destruida, según informa el Teniente de la Policía Judicial (...) ayudan a inferir la realidad de la desaparición. 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 convergentes a señalar la desaparición de (...) 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.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / DAÑO / FALLA DEL SERVICIO / RELACIÓN DE CAUSALIDAD / DESAPARICIÓN FORZOSA / CASO DE DESAPARICIÓN FORZOSA / NEXO DE CAUSALIDAD / PALACIO DE JUSTICIA / HOLOCAUSTO DEL PALACIO DE JUSTICIA / VÍCTIMA DEL HOLOCAUSTO DEL PALACIO DE JUSTICIA / CAUSAL DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PERJUICIO MORAL / FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA / HECHO DEL TERCERO / CASO PALACIO DE JUSTICIA / DESAPARICIÓN FORZADA / CONDENA CONTRA EL ESTADO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / MOVIMIENTO ALIANZA DEMOCRÁTICA M19 / CONFLICTO ARMADO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CONFLICTO ARMADO INTERNO / GUERRILLA / RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

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 señorita (...) y las fallas del servicio anotadas en párrafos anteriores se da una relación de causalidad tan evidente que de no haberse presentado aquellas 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 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 subjuicio, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de proveerlo 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 del éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida (...) Establecidos entonces los elementos configurativos de la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber: la falla del servicio, el daño y el nexo causal entre este y aquella, 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 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 el padre de (...) comparte la Sala el reconocimiento hecho por el a quo en favor del demandante en cuantía equivalente a 1.000 gramos oro. Con relación a lo decidido por el Tribunal debe modificarse el punto segundo de la resolutive en cuanto declaró la responsabilidad administrativa del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, entidad que como se analizó, no le corresponde asumir responsabilidad en el subjuice.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Radicación número: 8910

Actor: JOSÉ MARÍA GUARÍN ORTIZ

Demandado: NACIÓN - MINDEFENSA - POLICÍA NACIONAL Y FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Corresponde a la Sala decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 15 de julio de 1.993, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

“1° - Niégase la excepción propuesta.

“2° - Declárase a la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, y al fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, administrativamente responsables por la desaparición de Cristina del Pilar Guarín Cortés, en los hechos sucedidos en el Palacio de Justicia, los días 6 y 7 de noviembre de .1.985, en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C.

“3° - Condénase a la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa, -Policía Nacional-, a pagar en favor de José María Ortiz la suma equivalente a un mil (1.000) gramos oro al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

“4° - Deniégase las demás pretensiones de la demanda.

“5° - Para el cumplimiento de ésta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

“6°- Si no fuere apelada, consúltese con el H. Consejo de Estado”. (folios 316 y 317)

I. ANTECEDENTES PROCESALES.

1. La demanda.

El señor José María Guarín Ortiz, mediante 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 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 NACIÓN 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 al Señor JOSÉ MARÍA GUARÍN ORTIZ por la desprotección de la seguridad y posterior desaparición de su hija CRISTINA DEL PILAR GUARIN CORTÉS, cajera encargada transitoriamente 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.

“II. 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 al señor JOSÉ MARÍA GUARÍN ORTIZ, la totalidad de los daños y perjuicios materiales incluidos daño emergente y lucro cesante, causados por la desprotección y la desaparición de CRISTINA DEL PILAR GUARÍN CORTÉS, 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, según el certificado oficial del valor del oro al tiempo de la sentencia" (folios 3 y 4).

2. Fundamentos de hecho

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

1. Luego de transcribir una semblanza de Cristina del Pilar Guarín Cortés, se refiere que ella se desempeñaba como Cajera transitoria de la Cafetería en el Palacio de Justicia en la época que se dio 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 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 M-19 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 Cristina del Pilar Guarín Cortes era la encargada de la caja de la Cafetería, en reemplazo de la titular Cecilia Cabrera de Rodríguez, quien disfrutaba una licencia de maternidad 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 Cristina del Pilar, 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 anti técnica como se efectuaron los levantamientos judiciales...". Así mismo califica de apresurada la forma como "se practicó la inhumación de cadáveres y de 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 Cristina del Pilar, 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 subjuicio 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 1985 que asimila la situación de los desaparecidos en Armero con la de los del Palacio de Justicia.

10.

11. Así mismo se afirma que el desaparecimiento de Cristina del Pilar, 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 les ha producido a sus padres y hermanos. 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".

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El auto admisorio de la demanda fue 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 la excepción de "inexistencia de la obligación", 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. Agrega también que en los hechos posteriores a la toma del Palacio ninguna incidencia tuvo el Fondo, por cuanto se trataba de cuestiones inherentes al orden público a lo cual la entidad era completamente ajena.

Propuso así mismo la excepción de "falta de legitimación en la causa de los poderdantes de la parte actora", en razón a que no se acreditó que Cristina del Pilar Guarín Ortiz hubiera fallecido, ni que se hubiera dictado sentencia declarativa de muerte por desaparecimiento de la misma.

Agotado el periodo 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 194 a 3.99 del cuaderno principal, reiteró los planteamientos expresados en la demanda. En torno de la falla del servicio adujo que la misma la había configurado la ineficiencia de los servicios de seguridad especiales con los que el Estado ha debido proteger a los Magistrados y demás ocupantes del Palacio de Justicia, cuando se sabía de la posible toma guerrillera, que imponía la obligación de extremar las medidas de seguridad para darle cumplimiento al artículo 16 de la Constitución Nacional entonces vigente. Argumenta también que la reacción oficial desconoció elementales principios del Derecho de Gentes y de los Derechos Humanos. Además, las labores de hallazgo e identificación de los despojos humanos se

hicieron precipitada y anti técnicamente, como lo fue también la inhumación de los cadáveres y de parte de los mismos, junto con los de la tragedia de Armero, impidiéndose así la identificación de algunos cadáveres.

El apoderado de la parte demandada, en escrito visible a los folios 148 a 193, 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 "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 alegación 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 recurrente 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 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 otorgada por el Decreto 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 sugirió 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.

Al referirse a los cargos por inobservancia de las normas de procedimiento penal para el levantamiento de los cadáveres y por el procedimiento irregular utilizado para el entierro en fosa común de los despojos mortales, lo que imposibilitó las diligencias de exhumación, afirma el apoderado de la demandada que tal irregularidad en el levantamiento en nada afecta al demandante, "ya que en nada hubiera cambiado la suerte de su hija, cualquiera que ésta haya sido en la realidad". Aduce que no se demostró que tales circunstancias irregulares hubieran existido, ni se probó el daño causado, ni la relación con la supuesta falla del servicio"

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 más no de resultada.

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 las 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 dialogo con los subversivos sin poderse lograr por el rechazo del grupo armado. 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 C. de P.C. 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 solo 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 notario 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 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 en el 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 Cristina del Pilar Guarín Cortés. Afirma que la falta de vigilancia del palacio no se puede tomar ni siquiera como causa y que de haberse mejorado aquella no se hubiera evitado la pretendida desaparición. No encuentra relación alguna entre la seguridad del palacio y otras fallas del servicio con la desaparición de Cristina del Pilar Guarín. 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 Guarín Cortés no obedeció a la acción u omisión de las fuerzas militares, pues ello no aparece demostrado. Por ninguna parte encuentra demostrado 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. En cambio, sí se demostró que Cristina del Pilar aparece en la declaración de renta del actor como persona a su cargo, lo que impide admitir que recibía apoyo económico de ella. Cuestiona también las aspiraciones del demandante para que se tomen en cuenta los futuros ingresos que hubiera percibido su hija en el ejercicio de su profesión de educadora, los cuales califica como simples expectativas, las cuales constituirían un daño eventual e hipotético que no puede ser objeto de indemnización.

Por último, sostuvo que no se demostró adecuadamente el perjuicio moral, por cuanto, fuera de la prueba del parentesco, no se presentó comprobación alguna sobre la vida en familia o el nexo económico de la parte actora con la víctima.

El Ministerio Público ante el Tribunal conceptuó desfavorablemente a las peticiones de la demanda por considerar que no se probó la muerte real o por desaparecimiento de la hija del actor, en cuyo caso el segundo elemento de responsabilidad, o sea, el daño, no se acreditó en debida forma.

4.- 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:

a) 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. Se trataba de una edificación inmediata a la Presidencia de la República y al Congreso Nacional, era la sede del más alto Tribunal de Justicia del país y se decidía sobre una demanda de inexecuibilidad contra la Ley 27 de 1.980 aprobatoria del tratado de extradición entre Colombia y los Estados Unidos de América. Los Magistrados de la Sala Constitucional de la Corte habían sido seriamente amenazados, según los testimonios parcialmente transcritos de los doctores Alfonso Patiño Roselli, Carlos Medellín Forero, Ricardo Medina Moyano y Manuel Gaona Cruz, a lo cual se adicionaba 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.

b) Una segunda falla la hace consistir el a quo en 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. Sobre el particular son varios los testimonios que el Tribunal transcribe para fundamentar probatoriamente su aserto.

c) Una tercera falla del servicio la constituyó para el Tribunal, "el equivocado manejo de la investigación judicial, hecha por funcionarios administrativos, al recoger los cadáveres borrando las evidencias, y al manejo de los retenidos y sobrevivientes de manera anárquica y desordenada, dando lugar a que no se estableciera la suerte final corrida por quienes se hallaban en la cafetería". Tal falla la halló el juzgador de primera instancia más manifiesta " en el desordenado y anárquico manejo que se dio a las personas que lograron salir con vida del lugar, pues unos fueron dejados en libertad de inmediato, otros conducidos a la Brigada de Institutos Militares, otros a la Policía Nacional y otros a la Alcaldía, siendo confundidos con personas que habían sido retenidas por el solo hecho de ser espectadores, oyendo a toso en exposición cuyas actas no se levantaron, no se allegaron a la investigación..."En tal sentido se transcriben en la sentencia a apeada múltiples testimonios, de los cuales dedujo el quo sus conclusiones.

Se refiere también el Tribunal al descuidado y desordenado manejo del control del personal retenido, pues en Brigada de Institutos militares, donde se inició la investigación, no se procuró levantar las actas correspondientes sobre las personas que llevaron, para así evitar los casos como el presente de desaparecimiento de personas.

Al referirse a la cafetería del Palacio, sostiene el a quo que allí no hubo confrontación, dado que todo se encontró intacto y las cosas en su lugar, "arrojando dudas sobre la suerte de quienes, como la hija del demandante, laboraban allí".

Concluyo, pues, el fallador de primera instancia, otorgando plena credibilidad a los testimonios transcritos, teniendo en cuenta la presencia de algunos de los declarantes, la minuciosidad en los detalles de otros, además de su concordancia, precisión y exactitud en torno de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos. La prueba testimonial la encuentra oponible al Estado por cuanto se recaudó en proceso de carácter disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación. Aclara que la extensión de las transcripciones obedeció a la necesidad de "mostrar la fuerza de la argumentación de los deponentes, o su concordancia con otros". Estima que la Nación y el Fondo Rotatorio estaban obligados a cuidar el edificio asaltado, para evitar la violación de los derechos fundamentales. Así lo consagra el artículo 16 de la Constitución Nacional entonces vigente y lo consagra hoy el artículo 2 de la actual Carta Política.

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 alguna 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 y originaron caos; que concluida la toma, la investigación criminal fue mal manejada haciendo imposible conocer las forma como se desarrollaron los hechos, el número e identidad de los muertos, heridos, retenidos y desaparecidos.

Al ocuparse del daño, es decir, de la desaparición de la hija del demandante, consideró el a quo que se había acreditado la existencia de Cristina del Pilar

Guarín Cortés, con el registro civil de nacimiento, cédula de ciudadanía, diploma y acta de grado, y otros documentos aportados.

Sobre la ocupación de Cristina del Pilar como cajera de la cafetería que funcionaba en el primer piso del Palacio de Justicia, reemplazando a Satoria Cabrera de Rodríguez, quien se hallaba en licencia de maternidad, tomó el Tribunal en cuenta los testimonios de ésta última y de Julio Efraín Meneses Franco; el que figurara como desaparecida en la lista elaborada por el Procuraduría General y que esta entidad hubiera ordenado adelantar las diligencias necesarias para establecer su paradero, lo que originó distintas diligencias en la Décima Tercera Brigada, cafetería del palacio y el Instituto de Medicina Legal, así como gestiones por parte de una agente del DAS para que averiguara por la suerte, entre otras personas, de la hija del actor, en distintas cárceles de Bogotá. De otra parte, tomó el a quo en consideración la actitud del demandante cuando en la noche del 7 de noviembre de 1.985 estuvo en el Palacio de Justicia indagando por su hija con un oficial de la Policía Nacional, cuyo testimonio en lo pertinente se transcribió. 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. Concluyó el juzgador a quo que la prueba indiciaria relacionada demuestra que Cristina del Pilar Guarín trabajaba en la Cafetería, que allí se hallaba el 6 de noviembre de 1.985 y que allí desapareció.

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, se produjo la desaparición de Cristina del Pilar, dándose una verdadera coetaniedad (sic) entre la desaparición y las fallas atribuibles a la administración, de tal forma que si se hubiera ofrecido una correcta vigilancia del Palacio y se hubiera efectuado también correctamente la ocupación del mismo, y manejado adecuadamente a quienes retuvieron o rescataron, otra situación se viviría en la actualidad frente a la suerte de la señorita Guarín Cortés. Consecuente con tal apreciación dispuso el reconocimiento de una suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para el actor.

En la resolutive de la sentencia, declaró administrativamente responsables a la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa - Policía Nacional - y al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Sin embargo, al imponer la condena, de la misma excluyó por omisión al Fondo Rotatorio aludido.

5. Razones de la apelación.

El apoderado de la NACIÓN - Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional y del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, descontento con el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca interpuso contra aquel recurso de apelación, cuya sustanciación puede resumirse así:

“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 la 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 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 el impugnante 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.

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 impugnación 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. Prosigue el recurrente y plantea que en el proceso no reposa la demostración suficiente sobre el hecho supuestamente constitutivo de la falla o falta del servicio.

Para culminar la impugnación, sostiene el recurrente que en la segunda instancia deben tomarse en cuenta los siguientes puntos: que el causante del daño no fue la actividad administrativa, sino la acción de la delincuencia; que la causa y el hecho dañoso no son imputables a la administración; que no puede variarse el fundamento jurídico de la demanda, libremente acogido por la parte actora; que en la sentencia no puede soslayarse el examen de la relación de causalidad y de imputabilidad que pudiera caberle a la Nación; que el daño debe provenir de la acción directa de la administración; que deducir responsabilidad a la Nación en el subjuicio conllevaría la quiebra del Estado colombiano; y, por último, que hay una ausencia total de pruebas sobre la supuesta desaparecida, que permita sostener que ella se encontraba en el Palacio y que al no aparecer posteriormente fue porque después de los hechos desapareció.

En la oportunidad para alegar de conclusión en la segunda instancia, el apoderado sustituto de la parte demandada presentó el escrito que se encuentra a folios 367 a 397 del cuaderno principal, en el cual, básicamente reitera los planteamientos expresados al sustentar el recurso de apelación.

6. Concepto del Ministerio Público. –

El señor Procurador Primero Delegado ante la Corporación, en escrito que reposa en los folios 398 a 422, analiza concienzudamente los distintos planteamientos formulados tanto por la parte actora, como por la demandada, sobre los cuales más adelante la Sala se pronunciará, para concluir que en el caso bajo estudio se impone la declaratoria de responsabilidad de la Nación Colombiana por falla del servicio. Así mismo hace referencia de orden teórico en el sentido de que se debe dar cabida en nuestra jurisprudencia a la indemnización del rubro del perjuicio extramatrimonial denominado: alteraciones en las condiciones de existencia.

Se mostró el señor Procurador Primero Delegado de acuerdo con las apreciaciones que le sirvieron de fundamento al Tribunal para declarar la falla del servicio y la consecuente responsabilidad. Hace referencia a la situación

internacional de nuestro país frente al caso de las desapariciones y concluye que “el operativo militar fue excesivo e inhumano en tanto que no se preocupó por salvaguardar la vida de los rehenes, que violó las normas internacionales existentes sobre el Derecho de Gentes... y que desconoció los procedimientos legales sobre prácticas de levantamientos de cadáveres y tratamiento de detenidos, y que, por lo tanto, constituyó una falla del servicio por la cual la Nación colombiana debe responder patrimonialmente”.

Consideró el señor Agente del Ministerio Público que, dada la decisiva intervención en los hechos de un tercero, como lo fue el movimiento guerrillero M19, podría ordenarse que el Estado repitiera contra dicha organización. Con respecto a los perjuicios reconocidos por el a quo, el Procurador Delegado se muestra partidario de su confirmación y tras de referirse a las consecuencias que ordinariamente la desaparición de un ser querido deja en sus familiares, alude también a la alteración en las condiciones de existencia derivadas del mismo hecho dañoso, como otra forma de perjuicio no patrimonial.

Los señores Consejeros doctores Carlos Betancur Jaramillo y Julio César Uribe Acosta manifestaron sendos impedimentos para conocer de este proceso, razón por la cual fueron remplazados conforme a ley.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero señalar que ya la Sala ha tenido oportunidad de fijar criterio en torno 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 1994, 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 subjuice 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 136 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 1985 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 torna en cuenta:

"a) Que en la reunión correspondiente al 30 de septiembre de 1.905, 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, el cual fue leído por su Director Maza Márquez, en el cual "Analiza los antecedentes, las 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 Hoyano, quién 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 consiente 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

resultada 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 90 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 cassette 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 a 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 vio 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 Baedeker, 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...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 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 si 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 a 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 obligacional 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 subjudice 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 torno 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. “

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 torno 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 complementa 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 ellas fueron retenidas por las fuerzas militares y de policía. Sin ninguna organización, sin orden de ninguna naturaleza, esas personas tomaron rumbos diferentes: 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 cual autoridad y qué destino se le dio a cada persona. Tal parece que primo 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, implican sin lugar a dudas una falla del servicio por parte de las fuerzas militares.

4. El daño

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

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

Suficiente demostrada se encuentra la existencia como persona de Cristina del Pilar Guarín, según se desprende del Registro Civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía. Así mismo que había adelantado estudios superiores en la Universidad Pedagógica Nacional, según consta en el diploma y acta de grado correspondiente, así como en el certificado de registro de diplomas expedido por la Alcaldía del Distrito Especial de Bogotá.

Que la mencionada Cristina del Pilar trabajaba como Cajera en la Cafetería del Palacio de Justicia se comprueba con los testimonios de la señora Cecilia Saturia Cabrera Guerra, a quien por licencia de maternidad Cristina del Pilar había remplazado y de Julio Efraín Meneses Franco a quien se le había adjudicado dicha cafetería, persona esta que ratifica la manifestación de la primera declarante mencionada en el sentido de que la señora Guarín Cortés había cubierto la vacante producida por la licencia de maternidad.

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 Cajera. Son ellos: El hecho de que figure en la lista de desaparecidos elaborada por la Procuraduría General de la Nación, así como la determinación de esta entidad para que se adelantaran los trámites necesarios para establecer su paradero; las distintas diligencias realizadas con resultados negativos en la Décima Tercera Brigada, en el Instituto de Medicina Legal y en la Cafetería del Palacio en busca de evidencias; la búsqueda que ordenó a cargo de una agente especial del DAS de la señorita Guarín Cortés y de otras personas en las distintas cárceles de Bogotá. Los diligenciamientos anteriores se produjeron como consecuencia de las informaciones de la Procuraduría sobre la existencia en el Palacio de Justicia al momento de producirse la toma y que luego resultaron desaparecidas.

El mismo comportamiento de los familiares y la indagación personal que el propio demandante y padre de aquella hizo la noche del 7 de noviembre en la edificación destruida, según informa el Teniente de la Policía Judicial Luis Joaquín Camacho Sarmiento, ayudan a inferir la realidad de la desaparición. 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 convergentes a señalar la desaparición de Cristina del Pilar Guarín, 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.

5. Relación de causalidad

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 señorita Guarín Cortés y las fallas del servicio anotadas en párrafos anteriores se da una relación de causalidad tan evidente que de no haberse presentado aquellas 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 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 proveerlo 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 del éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida.

En torno del tema analizado, cabe recordar el fallo de 24 de agosto de 1.989, expediente 5693, del cual fue 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 este y aquella, 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 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 el padre de Cristina del Pilar., comparte la Sala el reconocimiento hecho por el a quo en favor del demandante en cuantía equivalente a 1.000 gramos oro.

Con relación a lo decidido por el Tribunal debe modificarse el punto segundo de la resolutive en cuanto declaró la responsabilidad administrativa del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, entidad que como se analizó, no le corresponde asumir responsabilidad en el subjudice.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, parcialmente de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMANSE los ordinales 1°, 3°, 4°, 5° y 6° de la sentencia apelada, esto es la de 15 de julio de 1.993, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: MODIFICASE el ordinal 2° de la sentencia impugnada, el cual queda así:

2°- Declárase a la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa- Policía Nacional administrativamente responsable por la desaparición de Cristina del Pilar Guarín Cortés, en los hechos sucedidos en el Palacio de Justicia, los días 6 y 7 de noviembre de 1985 en la ciudad de Bogotá D.E.

TERCERO: 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, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y al Ministerio Público, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ
PRESIDENTE DE LA SALA

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

WILIAM SALAZAR LUJAR
Conjuez

JAVIER DIAZ BUENO
Conjuez

LOLA ELISA BENAVIDES LÓPEZ
Secretaria