

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / DAÑO DERIVADO DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / PALACIO DE JUSTICIA / TOMA DEL PALACIO DE JUSTICIA / CASO PALACIO DE JUSTICIA / HOLOCAUSTO DEL PALACIO DE JUSTICIA / VÍCTIMA DEL HOLOCAUSTO DEL PALACIO DE JUSTICIA / RETENCIÓN DE LA PERSONA / SOBREVIVIENTE / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / EXISTENCIA DE LA FALLA EN EL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA EN EL SERVICIO / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / APLICABILIDAD DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / DEBERES DEL JUEZ / JUEZ ADMINISTRATIVO

Para la Sala la sentencia apelada deberá confirmarse en Lo fundamental por haberse estructurado la responsabilidad extracontractual del Estado en los trágicos hechos de la capital de la República; así lo decidió esta Corporación en varias sentencias entre ellas la del 26 de enero de 1.995 con ponencia del Dr. Juan de Dios Montes Hernández. En el evento sub-judice, la Sala seguirá las directrices y orientaciones trazadas en las oportunidades mencionadas, con las precisiones que exijan las particulares circunstancias del caso. (...) La Falla del servicio. - En expediente N°. 8222, (...) que fue fallado el 19 de agosto de 1994 con ponencia del Consejero Daniel Suarez Hernández, se analizó este elemento con base en el material probatorio recaudado en el proceso; como los medios de prueba allí recogidos se corresponden con los que obran en este proceso, los análisis hechos entonces resultan pertinentes ahora. Se hacen estas reflexiones sobre la falla del servicio porque, como se dice en el fallo lo que ha venido citando la Sala este es el régimen común de responsabilidad patrimonial del Estado, el cual, por consiguiente, desplaza cualquiera otro que resultara aplicable; además de las razones que en dicho fallo se explican y que ahora se reiteran, hay que subrayar el papel de control de la acción del Estado, fundamentalmente en el ejercicio de su función administrativa que ha sido confiada a esta jurisdicción. Por él, debe el juez contencioso administrativo determinar, para cada caso concreto, las obligaciones a cargo de las entidades públicas, su extensión y su infracción o cumplimiento frente a los hechos sometidos a su examen.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en los trágicos hechos acaecidos en el Palacio de Justicia, consultar providencias de 19 de agosto de 1994, Exp. 8222, C.P. Daniel Suarez Hernández; y de 26 de enero de 1995, Exp. 9471, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

CAUSAL DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / SOBERANÍA DE LAS DECISIONES DEL ESTADO / SOBERANÍA DEL ESTADO / POTESTAD DISCRECIONAL / PODER DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD / FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PRESUPUESTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA / ESTADO SOCIAL DE DERECHO / FUNDAMENTOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO / POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO / TEORÍA GENERAL DE LA

RESPONSABILIDAD CIVIL / PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD / DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA / RECUENTO JURISPRUDENCIAL / RESEÑA JURISPRUDENCIAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

[E]s menester dilucidar el planteamiento de las entidades demandadas en lo atinente a una supuesta irresponsabilidad del Estado "cuando su función implica el ejercicio de su soberanía"; no explica el contenido de la noción pero al ejemplificar señala "los actos legislativos", los actos de gobierno", "los actos del juez" y "los hechos de guerra". La construcción de la irresponsabilidad del Estado fundada en su soberanía, es teoría completamente superada en el panorama jurídico Universal y en nuestro Derecho. Si bien la instauración del Estado de Derecho y de la sujeción de aquel al ordenamiento jurídico, como supuesto básico del sistema, no desencadenó, de inmediato, la obligación estatal de reparar los daños que, con su acción, causara a los particulares, no hay duda de que constituyó fundamento político necesario para la implantación posterior del instituto indemnizatorio. Relegadas ciertas formulaciones de la mitología política del régimen anterior, tales como aquella que desligaba al príncipe del orden jurídico (princeps legibus solutus est) a través legalidad y de la concepción del Estado como persona jurídica, paulatinamente se empieza a consagrar y a consolidar el principio de responsabilidad que, en la época actual, es considerado como uno de los pilares fundamentales de un Estado de Derecho. (...) Esta concepción jurisprudencial corre pareja con las tesis jusadministrativistas contemporáneas que pretenden reducir el ámbito de discrecionalidad del Estado con el objeto de sujetar la totalidad de su acción al imperio del Derecho y al examen del contralor jurisdiccional, y, por lo tanto, a la posibilidad de que comprometa la responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas de Derecho Público. (...) Son estas concepciones las que se respiran en el conjunto normativo de la Constitución Política vigente desde 1991, en especial en el artículo 90 o cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado y que, bajo la Carta Política anterior, habían sido deducidas, por interpretación sistemática y luego de una lenta pero decidida elaboración, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. No es posible, pues, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado Social de Derecho (art. 1º de la C. N.), so pretexto de que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio de su soberanía; tal recurso no podrá jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca impunemente daños antijurídicos a los asociados.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 1 /
CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

**PALACIO DE JUSTICIA / TOMA DEL PALACIO DE JUSTICIA / CASO
PALACIO DE JUSTICIA / HOLOCAUSTO DEL PALACIO DE JUSTICIA /
VÍCTIMA DEL HOLOCAUSTO DEL PALACIO DE JUSTICIA / MUERTE DE
CIVIL / LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS / LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO
MORAL / MODIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS /
PROCEDENCIA DE MODIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS
/ PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL POR TEMOR A PADECER UN
DAÑO / RETENCIÓN DE LA PERSONA / NATURALEZA DEL PERJUICIO
MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PARÁMETROS PARA
LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO
MORAL INCREMENTO**

Consecuente la Sala con la declaración de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa, se procede a fijar el quantum de los perjuicios morales, los cuales se calcularon por el a-quo en suma equivalente a 100 gramos de oro para cada uno de los actores que estuvieron retenidos en el Palacio de Justicia. Pero la Sala considera que el monto de los perjuicios morales debe ser aumentado, toda vez que los actores tuvieron que soportar los padecimientos morales inherentes a una situación de violencia a la cual eran ajenos, traducidos en sentimientos de angustia, desazón y desesperación, pues así lo decidió esta Corporación en sentencia de marzo 16 de 1.995, con ponencia del Dr. Daniel Suarez H; por tal razón esta Corporación considera justo reconocer como compensación por esa afectación moral el equivalente en pesos a 300 gramos de oro para cada uno de estos demandantes.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el reconocimiento de perjuicios morales a los actores que estuvieron retenidos en el holocausto del Palacio de Justicia, consultar providencia de 16 de marzo de 1995, Exp. 10112, C.P. Daniel Suarez Hernández.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Radicación número: 9459

Actor: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ Y OTROS

Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra del fallo proferido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 28 de octubre de 1993, en virtud del cual dispuso:

“PRIMERO. - Declárase a la Nación Colombiana Ministerio de Defensa Nacional Administrativamente responsable por los perjuicios morales causados a MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, ALVARO ABELLA REYES, MIREYA CELLY POLANCO, MARTHA CLEMENCIA MENDOZA ARDILA, NORA BUITRAGO ARANGO Y MIRIO MONCALEANO como consecuencia de su retención en el Palacio de Justicia con ocasión de los luctuosos acontecimientos de los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

“SEGUNDO. – Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la NACIÓN COLOMBIANA – Ministerio de Defensa Nacional – a reconocer y a pagar, a título de indemnización por perjuicios morales subjetivos, a María Polanco, Marta Clemencia Mendoza Ardila, Nora Buitrago Arango y Mirio Moncaleano, el valor en pesos colombianos, según certificación del Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de cien (100) gramos oro puro, para cada uno de ellos.

“TERCERO. – Las sumas liquidadas ganaran intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y comerciales moratorios desde el vencimiento de este término y hasta su cancelación.

“CUARTO. - Para el cumplimiento de este fallo se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 Y 177 del C.C.A.

"QUINTO. - Niéganse las demás pretensiones de la demanda." (f1.302,303).

ANTECEDENTES

1. – **LA DEMANDA.** El 5 de noviembre de 1987, los señores ALVARO ABELLA REYES, MIRIO MONCALEANO, MARIA ELENA GIRALDO, MIREYA CALLY POLANCO, MARTHA CLEMENCIA MENDOZA Y NORA BUITRAGO, por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido, presentaron demanda en contra de la Nación – Ministerio de Defensa, con el propósito de satisfacer las siguientes pretensiones:

“PRIMERA.- Declarar a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional) administrativamente responsable de los daños materiales y morales causados a los demandantes con ocasión de La toma del Palacio de Justicia ocurrida durante los días seis y siete de Noviembre de 1985 en la ciudad de Bogotá.

“SEGUNDA.- Condenar a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar a la doctora MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ, la totalidad de los perjuicios materiales que se demuestren dentro del proceso, teniendo en cuenta los siguientes factores:

“A) La suma de un millón cien mil pesos (\$1.100.000.00) en que se estimó dicho perjuicio a la fecha en que se causaron, o la que determinen los peritos en el proceso, cantidad que se tendrá como valor histórico.

“B) Dicha cantidad se actualizará según la variación porcentual del índice de precios al consumidor al por mayor existente entre el 6 de noviembre de

1985 y el que exista cuando se produzca el fallo de segunda instancia, de acuerdo a lo certificado por el DANE y siguiendo la siguiente fórmula de matemáticas financieras:

$$\text{"VP} = \frac{\text{VH} \cdot \text{ind.f}}{\text{Ind.i}} \text{ en la cual}$$

VP = Valor actualizado o presente;

VH = Valor histórico o inicial que se actualiza;

Ind. f = Índice Final, a la fecha de la ejecutoria de la sentencia;

Ind. i = índice final inicial, el vigente cuando se produjo o concretó el daño, o sea el 6 de noviembre de 1985.

"Así mismo el valor histórico devengará intereses por lucro cesante a la tasa del seis por ciento (6%) anual, el cual se denominará interés puro o efectivo, exento de todo efecto devaluativo y se aplicará sobre el valor histórico y correrá desde el 6 de noviembre de 1985 hasta la ejecutoria del fallo de segunda instancia y además estos intereses no son incompatibles con la actualización monetaria.

"Esta condena se hará en concreto siguiendo las anteriores pautas.

"TERCERA. - Condenar a la (NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL) a pagar a MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, ALVARO ABELLA REYES, MIREYA CELLY POLANCO, MIRIO MONCALEANO RODRIGUEZ, MARTHA CLEMENCIA MENDOZA ARDILA y NOHORA BUITRAGO ARANGO, el equivalente en pesos colombianos de mil gramos de oro fino o puro para cada uno según su precio internacional de acuerdo a certificación que de el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.

"CUARTA. - Las autoridades a quienes corresponde la ejecución de la sentencia dictarán dentro del término de treinta días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento.

"QUINTA. - Las cantidades liquidas reconocidas en la sentencia devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término." (fl.34. 35, 36)

Los demandantes se presentaron al proceso como personas perjudicadas con los trágicos hechos acaecidos en la toma del Palacio de Justicia, detallando los perjuicios que sobrevinieron por causa de dicha toma, y narraron los insucesos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985, cuando un comando subversivo del grupo guerrillero M-19 se tomó por la fuerza las instalaciones del entonces Palacio de Justicia, dejando como resultado más de cien (100) muertos entre quienes se

encontraban magistrados de la Corte Suprema de justicia, personas desaparecidas, la biblioteca y los archivos destruidos y el edificio en la ruina.

Los demandantes manifestaron que el fatal resultado se debió a la falla de las autoridades de policía que no prestaron la suficiente protección al Palacio de Justicia antes de la toma ya que había gravísimos indicios de que era inminente una toma del mismo por grupos subversivos.

La demanda citó estos fundamentos de derecho:

"Artículos 2°, 16, 20, 21, 24, 30, 31, 33 de la Constitución Política, 83 y 86 del C.C.A., 177 del C. de P.C., 106 Y 107 del C.P .

"Invoco la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado sobre el pago de perjuicios morales en hechos y actos menos graves que la toma del Palacio de Justicia entre ella, la sentencia de 28 de Julio de 1.987, expediente 4983 actor Tiberio Restrepo Álvarez."

2.- TRAMITE PROCESAL

El auto admisorio de la demanda se notificó personalmente al Ministro de Defensa y al Señor Agente del Ministerio Público. Al momento de contestar la demanda, el apoderado especial de la - Nación - Ministerio de Defensa, solicitó la práctica de pruebas con el propósito de esclarecer los hechos materia del litigio.

3,- En los alegatos de conclusión en la primera instancia, el apoderado judicial de la parte actora presentó su escrito visible a folios 198 a 201 del C. principal; estima que los demandantes, al momento de la toma del Palacio de justicia se encontraban cumpliendo el deber legal de colaborar con la administración de justicia y no tenían porqué soportar enfrentamientos entre guerrilleros y las fuerzas militares.

Por su parte el apoderado de la Nación Ministerio de Defensa, construye una argumentación sobre la base de la evolución de la responsabilidad extracontractual del estado, para concluir que:

"El Estado está exento de toda responsabilidad pecuniaria cuando su función implica el ejercicio de su soberanía. Es así como ni los actos legislativos, ni los actos de Gobierno, ni los actos del Juez, ni los hechos de guerra pueden en contra del estado, cualquiera que fuesen las fallas imputables a sus representantes o agentes.

"es un principio, el que los daños causados a los particulares por medidas de carácter legislativo no abren ningún derecho a indemnización. La actividad legislativa es en efecto una manifestación de soberanía, la defensa y la

actividad judicial también lo son, y lo propio de la soberanía es poderse imponer a todos sin que alguno pueda reclamar compensación.

“En estos casos solo el legislador puede determinar, de acuerdo con la naturaleza y la gravedad del daño, según las necesidades y los recursos del estado, si se debe reconocer una compensación (que no es lo mismo que una indemnización).

“En síntesis, según la jurisprudencia nacional y la extranjera, 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...”

Continúa con el listado de los elementos cuya concurrencia, por regla general, compromete la responsabilidad patrimonial del Estado; se detiene en las características que ha de revestir el daño indemnizable dejando entrever cierta posición crítica a la reparación del daño moral, y repasa la noción del nexo causal y de las causales de exoneración que lo destruyen impidiendo que el daño sea imputable al demandado.

Prosigue con el análisis de la falla del servicio y del principio de la relatividad de la misma y advierte:

"La falla del servicio comporta grados. La jurisprudencia tradicionalmente ha distinguido faltas simples y faltas graves. Esta distinción tiene importancia por cuanto no toda falla del servicio tiene como consecuencia el deber de reparar. Ciertos servicios, que la jurisprudencia ha considerado particularmente difíciles, no responden sino por aquellas faltas consideradas graves. Tal es el caso de las actividades de conservación del orden público, la lucha contra incendios. Y la responsabilidad hospitalaria entre otros. De otra parte, las circunstancias pueden transformar en falta simple, no generadora de responsabilidad, una falta que hubiera sido grave en tiempo de normalidad."

Después de dar algunos trazos generales sobre la responsabilidad sin falta, sobre todo de la que se funda en el riesgo, hace algunas acotaciones sobre "las formas de reparación" del daño y sobre la indemnización a forfait, para, con apoyo en la sentencia de esta Corporación del 7 de diciembre de 1989 de la cual fue ponente el Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, señala la pensión creada por la ley 126 de 1985 para los funcionarios y de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

Trazado este marco general estima que "la responsabilidad Estado se excluye en el presente caso, no sólo por cuanto se actos y hechos ejecutados en ejercicio y para la soberanía del Estado, sino además por razón de la de pruebas encaminadas a demostrar las afirmaciones de la actora."

Sostiene su aserto en que "...no hay prueba que establecer una falla del servicio consistente en la ausencia de resistencia a la toma guerrillera, ni de la falta de un de portería en el Palacio de Justicia, por parte de los diferentes organismos de seguridad del Estado", asunto que desarrolla se así:

"a) En el momento de la "toma" las instalaciones Palacio de Justicia, además de la vigilancia normal y cotidiana, se encontraban custodiadas por vigilantes de la empresa privada de seguridad, COBASEC LTDA, cuyos servicios habían sido contratados por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, tal y como se encuentra demostrado en el expediente.

"b) Dentro de las instalaciones del Palacio de Justicia se encontraban escoltas que protegían a Magistrados, pertenecientes organismos de Seguridad del Estado, como el Departamento de Seguridad, D.A.S y de la Policía Nacional, quienes en un primer los vigilantes privados, repelieron el ataque sorpresivo y violento de los guerrilleros del M-19, que dado el carácter fratricida de la "toma" no permitió una mayor resistencia, cayendo abatidos en primera instancia varios de los vigilantes y el señor administrador del Palacio de Justicia."

c) Los soldados pertenecientes al Batallón Guardia Presidencial y agentes de la Policía Nacional que vigilaban el sector acudieron a poco de haberse escuchado los primeros disparos.

d) El anónimo, que no era más que eso, anunciaba la toma el 17 de octubre; como no se presentó en la fecha anunciada indicio de que no iba a ocurrir nada"; no obstante "los organismos de seguridad del Estado estuvieron en alerta y se ordenó tomar las medidas de seguridad pertinentes..... "; agrega, con fundamento en la intervención del Ministro de Defensa ante el Congreso de la República que no existía otra fuente que permitiera prever la toma guerrillera, y que las informaciones de prensa, sobre la realización de capturas, carecían de veracidad.

e) Se habían tomado "algunas medidas de seguridad especiales".... Tales como la de proporcionarle escoltas a los magistrados... debido a las amenazas... razón que motivó a la DIJIN a elaborar un estudio de seguridad del Palacio de Justicia...": algunas medidas se alcanzaron a implementar y otras no, por cuanto al tiempo resultó muy corto.

Cita de nuevo al Ministerio de Defensa, en cuya intervención se lee lo siguiente:

"como cosa curiosa, si es que es esta vida hay algo curioso los señores que estaban interceptando los teléfonos de los señores magistrados, eran los mismos que habían sido capturados y puestos a órdenes de la justicia por interceptar los teléfonos de nuestro admirado Ministro Rodrigo Lara Bonilla; pero ya estaban en libertad. Lógicamente están ahora a órdenes de los respectivos jueces, no sé hasta cuándo".

En lo demás, el Ministro se refiere a la petición del Dr. Alfonso Reyes Echandía para el retiro del refuerzo policial, y el memorialista concluye este punto citando al general Víctor delgado Mallarino, quien se desempeñaba como Director Nacional de la Policía” en relación con las medidas de seguridad adoptadas para el Palacio de Justicia.

Respecto de la falta de un servicio de “inteligencia inteligente” señala que la observación del Ministro fue de carácter general y estuvo referido a limitaciones propias de un estado, como el nuestro, “dependiente y cuya economía no tenga un buen grado de desarrollo; apoyo su tesis con la sentencia del 4 de agosto de 1988 de ña que fue ponente el consejero Julio Cesar Uribe Acosta, y la de 2 de noviembre de 1969 con ponencia del Dr. Carlos Gustavo Arrieta, atinentes las dos a la relatividad de la falla del servicio.

Con base en la declaración certificada de los Generales Jesús Arias Cabrales y Miguel Vega Uribe sostiene que “...la decisión del Gobierno de no negociar, no implicó una actitud de rechazo al diálogo con los subversivos. Se tuvo siempre en cuenta el peligro que corrían las personas que se encontraban como rehenes del grupo guerrillero y la operación militar se desarrolló teniendo en cuenta dicha circunstancia.”

Se refiere luego a lo que se denomina en la demanda “llamadas inútiles” y afirma que, según la declaración rendida en el proceso por el General Maza Márquez, éste no recuerda la llamada que le hiciera el Dr. Sáenz por encargo del Magistrado Dario Velásquez; que si se intentó, por los cuerpos de bomberos, el rescate con grúas o malacates, pero que la intención se frustró con los disparos; y que, y esto lo desprende de la declaración del General Delgado Mallarino. “Vale la pena destacar el inmenso esfuerzo desarrollado por la Policía a través de su cuerpo especializado, el GOES, para rescatar a los Magistrados.

En cuando al reproche que hace la demanda respecto del desconocimiento del derecho de gentes, expresa que tal quebranto se produjo, desde la iniciación de la toma del Palacio de Justicia por parte del grupo Guerrillero M-19, situación que indujo al Gobierno a tomar la decisión de no negociar "porque ello implicaría someter la soberanía del Estado a un puñado de terroristas", conducta ésta reconocida y respetada por el artículo 3 del Protocolo 11 de Ginebra.

En cambio el Gobierno siempre estuvo dispuesto a dialogar con los guerrilleros, utilizando la intermediación de la Cruz Roja Colombiana, labor que resultó infructuosa por el rechazo violento del grupo armado; por otra parte, la estructura del edificio no facilitó la labor de rescate de los rehenes.

Sobre el informe elaborado por el Tribunal Especial de Instrucción, señala que:

" no prueba en este proceso nada distinto del simple hecho de que esta comisión de ilustres profesionales integrada por el Gobierno Nacional, realizó una labor de instrucción criminal respecto de la cual rindió unas conclusiones a las cuales el Gobierno, insertándolas en el Diario Oficial quiso darles

publicidad. La "investigación" realizada por el llamado Tribunal Especial constituye la etapa sumarial de los procesos penales iniciados con ocasión de la "toma" del Palacio de Justicia. De hecho, su misión era la de investigar y emitir unas conclusiones y no la de proferir un fallo o sentencia.

"Lo anterior se demuestra con la simple lectura de los artículos 10. y 20. del Decreto 3300 del 13 de noviembre de 1985, por el cual se creó el mencionado Tribunal y que a la letra dice:

""ARTICULO 1°. Créase un Tribunal Especial de Instrucción, integrado por dos (2) Magistrados elegidos por la Corte Suprema de Justicia, encargado de investigar los delitos cometidos con ocasión de la toma violenta del Palacio de Justicia de Bogotá durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

""ARTICULO 20. Para los efectos previstos en el artículo anterior, el Tribunal Especial de Instrucción tendrá las facultades que las normas vigentes asignan en materia de instrucción criminal".

"Acorde con el código de Procedimiento Civil, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 174). Según la misma obra, sirven como medios de prueba, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del Juez (artículo 175). Así mismo, el juez debe practicar personalmente las pruebas (artículo 181).

"Ese Diario Oficial, tampoco es una prueba documental en sí mismo, toda vez que no tiene carácter de documento público, ni siquiera tiene firma y no reúne las condiciones del artículo 251 del código de Procedimiento Civil. Por lo demás, las publicaciones en periódicos oficiales, como es el caso del llamado Diario Oficial, debidamente autenticados, tiene el valor de copias auténticas de los documentos públicos que en ellos se inserten (artículo 263 ibídem). Sin embargo el documento original contentivo de las conclusiones a las ~ cuales llegó el "Tribunal especial" y cuyo texto fue objeto de la aludida publicación, tampoco tiene el carácter de documento público puesto que no reúne las condiciones establecidas para el efecto por el artículo 251 citado"

Dar validez a dicho informe -sostiene- equivaldría a trasladar de hecho, sin petición ni decreto previo, las pruebas practicadas por el Tribunal Especial, traslado que, a su juicio, tampoco era posible según deducción que hace la sentencia de esta Corporación del 26 de enero de 1989, cuyo ponente fue el consejero Carlos Ramírez Arcila.

Desvirtúa también la aplicación del "hecho notorio" como sucedáneo de la prueba al caso comprometido.

El agente del ministerio público ante el a-quo estima:

"... que existió omisión por parte de quienes tenían la responsabilidad de vigilar y proteger el Palacio de Justicia, no obstante que se tenía conocimiento sobre la posible toma del mismo pero infortunadamente se ha querido justificar la aludida falla, aduciendo que la vigilancia que se venía prestando fue retirada por una orden cuyo actor se desconoce.

"Con relación al primer elemento constitutivo de la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, considera este Despacho que las pruebas allegadas al informativo son suficientes para demostrar la existencia del mismo, y teniendo en cuenta lo anotado, frente al criterio que se ha venido adoptando por esa H. Corporación al respecto no consideramos necesario ahondar más sobre el mismo."(fl.204).

4.- El Tribunal, luego de transcribir las pretensiones y los hechos de la demanda, encuentra establecida la legitimación en la causa de los actores, y sobre el presupuesto fáctico de la controversia señala que:

"Del informe rendido por el Tribunal Especial, sobre el Holocausto del Palacio de Justicia y conformado por el Gobierno nacional para investigar tales hechos, se desprende que se habían proferido amenazas por parte de grupos subversivos y de narcotráfico sobre la toma del Palacio de Justicia y, a pesar de ellos, las autoridades públicas no prestaron en forma regular, continua y permanente la debida vigilancia, por el contrario, retiraron la fuerza pública que había sido dispuesta con tal fin.

"No puede la Sala compartir el planteamiento expuesto por la parte demandada, en su alegato de conclusión, quien tratando de justificar dicho retiro aduce que fueron los mismos Magistrados, por conducto del Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia, quienes lo solicitaron, porque tal hecho no se encuentra debidamente acreditado. Pero aún en el evento de haber sido así, era a dichas autoridades militares a quienes correspondía, evaluada la situación de riesgo, de peligro en que se encontraban los ocupantes del Palacio de Justicia y quienes lo visitaban, tomar las medidas de seguridad y aún imponerlas contra la voluntad de aquellos y de estos, si era el caso. Corresponde a las autoridades públicas velar por la integridad de las instituciones y defender la vida e integridad de las personas y a tal obligación no pueden renunciar a sustraerse porque simplemente así se lo soliciten las mismas personas amenazadas o que en un momento dado representen a tales instituciones. No son estas las llamadas a determinar las medidas de seguridad y protección que en determinado momento deban adoptarse.

"Fue así la Administración Pública imprevisiva, imprudente y negligente en la prestación del respectivo servicio y tal comportamiento omisivo como ya se dijo guarda relación de causalidad directa con la toma del Palacio de Justicia y con el daño sufrido por los demandantes, pues este tuvo lugar con ocasión y por causa de dicha toma.

" El informe a que se ha hecho alusión tiene el carácter de documento público pues fue emitido por funcionarios públicos en ejercicio de una función pública por ser prueba de que ella misma proviene, ya que fue el Gobierno Nacional quien conformó el mencionado Tribunal. " (fl.297, 298 del C. Ppal).

" (.....)

"En cuanto al Segundo elemento no conlleva precisamente, al quebrantamiento del orden público, sino es en sí mismo una fuente de desorden, de inseguridad y de intranquilidad para los miembros de una sociedad.

"Como expresa Carlos Cossio en su obra la Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho (Editorial Depalma, Buenos Aires, 1.987. Pág. 66), " El poder es entonces una posibilidad societaria, en tanto es la comunidad la que crea las normas jurídicas conque ha de regirse ella misma, asegurándose así, si no la paz, al menos este poder con que crea la norma. De este modo se asienta el poder como valor de heteronomía o valor bilateral, pues debe ser instaurado por todos, no por uno solo, en la valoración de la coexistencia como persona.

"y como tal valor de heteronomía, la degradación del poder deviene en impotencia; y el exceso de poder, en opresión."

En cuanto al segundo elemento de la responsabilidad, el daño, lo encuentra la Sala, igualmente, estructurado en cuanto concierne al perjuicio moral, no así al material por cuya reparación reclama una de las demandantes.

En efecto, la presencia en el lugar de los hechos el momento en que estos se produjeron y la permanencia en dicho lugar, mientras se sucedía el enfrentamiento armado entre los miembros del movimiento subversivo y las fuerzas del orden producen naturalmente angustia, zozobra, temor ante el peligro en que se encuentra la propia vida, aumentando por el mismo peligro al que se hallaban también enfrentadas las personas retenidas en el mismo lugar a quienes unían lazos de respeto, compañerismo y en no pocos casos de verdadero afecto.(fl.301).

" (....)

"Finalmente se da el nexo causal entre la falla y el daño, pues de no haber sido por la conducta omisiva de la Administración no se habría producido la toma del Palacio de Justicia y los actores no habrían soportado la lesión o menoscabo de su derecho.

"A propósito del nexo causal argumenta la parte demandada que se dio el hecho de un tercero y que él tiene una entidad suficiente para enervar tal nexo causal.

“Si bien es cierto que fue un tercero, el M-19, quien se tomó las instalaciones del Palacio de Justicia, este hecho no tiene la virtualidad propia para enervar o impedir la configuración del nexo causal que se examina, pues para que ello ocurra se requiere que tal hecho ajeno o extraño y en tal medida imprevisto o irresistible, con relación al sujeto de quien se predica o a quien se imputa la conducta la conducta generadora del daño, pues si este puede preverlo y resistirlo tiene la obligación de actuar para evitarlo y si no lo hace vincula su conducta en relación de causa a efecto con el referido daño. Y ya se dijo que la Administración no tomó las medidas encaminadas a impedir que la toma del Palacio de Justicia se efectuara, siendo ello eminentemente predecible y evitable.” (f1.301, 302).

5.- Las dos partes inconformes con lo decidido por el a-quo, recurrieron en apelación el fallo, recurso que sustentaron de la siguiente manera:

a.- El apoderado de la parte actora, manifiesta su inconformidad teniendo en cuenta que “.... 1.- Aunque la sentencia aceptó la responsabilidad de la parte demandada y condenó al pago de perjuicios morales, el suscrito considera que la indemnización fue baja de acuerdo a los hechos de la demanda, lo demostrado en el proceso y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

“Recordemos los trágicos hechos del Palacio de Justicia., quienes allí estaban antes de, la toma eran en su casi totalidad, miembros del poder judicial o de la Procuraduría General de la Nación. Se encontraban por tanto cumpliendo con las labores propias de un servicio público, estando en ellas, se produce la toma del Palacio con las consecuencias ya conocidas. Tal acto fue una verdadera batalla entre el grupo guerrillero y la fuerza pública que luchaba por la recuperación. Se supone que esos empleados ajenos al conflicto, debieron sufrir intensamente porque se encontraron al borde de la muerte. Y de hecho muchos fallecieron entre el enfrentamiento, y otros como doña Celina de Gómez, secretaria de la Sección Segunda, y demandante en otro proceso perdió hasta los dientes del susto.

“2.- El punto neurálgico del proceso es la indemnización a que tienen derecho las víctimas. Sabemos que en esta materia la jurisprudencia es un gran auxiliar del juzgador.

“Como lo dije en mi alegato de conclusión, el honorable Consejo de Estado ha tenido oportunidad en estudiar procesos similares, de hechos ocurridos antes de la toma del Palacio de Justicia llegó a la conclusión de que se debe indemnizar a quienes los soportaron.”(fl. 305,306).

Sustenta estas afirmaciones, argumentando que la sentencia impugnada viola la jurisprudencia del Consejo de Estado sentada dentro del expediente No. 4983, del 28 de julio de 1.987, actor Tiberio Restrepo, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, pues en esa sentencia se condenó a la Nación por la angustia que tuvieron que sufrir los demandantes durante un operativo antisequestro y la indemnización ascendió a doscientos cincuenta (250) gramos de oro.

b.- Por su lado el apoderado judicial de la Nación, expresa su inconformidad con el fallo sobre los siguientes puntos:

“a.- Como se ha visto, las Fuerzas Armadas y los organismos de seguridad del estado actuaron en forma coordinada, en ejercicio y cumplimiento de un deber constitucional y legal;

“b.- Nadie ha podido afirmar fundadamente que el operativo hubiese sido logística o técnicamente inadecuado;

"c.- Pese a la pronta reacción de las autoridades, éstas no pudieron evitar que los hechos ocasionados por el grupo guerrillero M-19 produjeran el desenlace conocido;

"d.- Ningún agente del Estado ocasionó los daños y perjuicios, ni directa ni indirectamente.

“e.- Por el contrario, no cabe duda, y no es prudente olvidar, que los hechos fueron producidos al igual que cualquier daño, por el grupo guerrillero M-19.

"Por estas razones, y ante la imposibilidad de imputarle a las autoridades los hechos anotados, desaparece un elemento indispensable para hablar de responsabilidad del Estado, y con ello se excluye su responsabilidad y debe exonerarse a la Nación, por los llamados hechos del Palacio de Justicia". (fl. 391, 392).

6. El concepto del Ministerio Público.- El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación después de hacer un recuento histórico de todo el proceso, llega a la conclusión de que la actuación de las autoridades al haber dejado las instalaciones del Palacio de Justicia al amparo de vigilantes privados, a pesar de las amenazas y de los riesgos que suponían la lucha contra el narcotráfico, constituye una indiscutible falla del servicio por la omisión del deber de vigilancia.

Seguidamente considera que los excesos en el operativo militar, en el caso sub-judice originaron violaciones a los postulados del derecho internacional humanitario.

En cuanto a la condena, la agencia del ministerio público, llega a la conclusión, que "debería modificarse la sentencia del Tribunal condenando a la demandada al pago del equivalente en pesos a 750 gramos de oro para cada uno, a manera de indemnización del susto y la angustia profundos que debieron experimentar todas y cada una de las personas sobrevivientes del "holocausto", testigos presenciales de un hecho de guerra que los tuvo entre la vida y la muerte.

“En caso de que el señor Consejero Ponente considere exigua la prueba obrante en el expediente, con amplio criterio e interés en la prevalencia del derecho sustancial bien valdría la oportunidad para proceder a hacer uso de sus poderes

oficiosos, ordenando la práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer el fundamento del petitum de la demanda y para complementar los indicios que obran en el proceso”.

7°. - Al momento de alegar de conclusión en la segunda instancia las partes presentaron sendos escritos, en los cuales insistieron en la argumentación construida a la largo del proceso.

LA SALA CONSIDERA

Para la Sala la sentencia apelada deberá confirmarse en Lo fundamental por haberse estructurado la responsabilidad extracontractual del Estado en los trágicos hechos de la capital de la República; así lo decidió esta Corporación en varias sentencias entre ellas la del 26 de enero de 1.995 con ponencia del Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

En el evento sub-judice, la Sala seguirá las directrices y orientaciones trazadas en las oportunidades mencionadas, con las precisiones que exijan las particulares circunstancias del caso.

A.- La legitimación en la causa.- En el proceso están legalmente acreditados los hechos que demuestran que los demandantes trabajaban en el Palacio de Justicia y que el 6 y 7 de noviembre de 1.985 se encontraban en las instalaciones del mismo.

B.- Establecido lo anterior, es menester dilucidar el planteamiento de las entidades demandadas en lo atinente a una supuesta irresponsabilidad del Estado "cuando su función implica el ejercicio de su soberanía"; no explica el contenido de la noción pero al ejemplificar señala "los actos legislativos", los actos de gobierno", "los actos del juez" y "los hechos de guerra".

La construcción de la irresponsabilidad del Estado fundada en su soberanía, es teoría completamente superada en el panorama jurídico Universal y en nuestro Derecho.

Si bien la instauración del Estado de Derecho y de la sujeción de aquel al ordenamiento jurídico, como supuesto básico del sistema, no desencadenó, de inmediato, la obligación estatal de reparar los daños que, con su acción, causara a los particulares, no hay duda de que constituyó fundamento político necesario para la implantación posterior del instituto indemnizatorio.

Relegadas ciertas formulaciones de la mitología política del régimen anterior, tales como aquella que desligaba al príncipe del orden jurídico (princeps legibus solutus est) a través legalidad y de la concepción del Estado como persona jurídica, paulatinamente se empieza a consagrar y a consolidar el principio de responsabilidad que, en la época actual, es considerado como uno de los pilares fundamentales de un Estado de Derecho.

Este tránsito se produce, como lo recuerda el profesor Eduardo García de Enterría, de maneras diversas según los países anglosajones, (Inglaterra y Estados Unidos), buscaron la fórmula legislativa: España sigue esa misma vía: Francia encuentra la salida por medio' de la creación jurisprudencial; Alemania hace una combinación de tales mecanismos etc.

Sobre este tema, el profesor León Duguit apunta lo siguiente:

"Miradas de cerca, soberanía y responsabilidad son dos nociones que se excluyen. Sin duda la soberanía puede ser limitada, y en la concepción de nuestro Derecho público tradicional está limitada por el Derecho del individuo, como ella recíprocamente limita el derecho de éste. Estas limitaciones reciprocas son reguladas y no pueden serlo más que por la ley, expresión de la voluntad general, emanación de la soberanía misma y que forma el derecho del país. Es, pues, en definitiva el Estado soberano quien crea el Derecho, y siendo así no se puede admitir que pueda ser responsable. En la concepción tradicional la responsabilidad implica una violación del Derecho: y quien crea el Derecho por un acto de su voluntad soberana, no puede violarle. "Así como en los países de monarquía absoluta "el rey no puede hacer mal", y por tanto no puede ser responsable, el Estado democrático, que no es más que la nación soberana organizada, tampoco puede hacer mal, ni puede ser responsable.

"El Estado soberano no puede ser responsable con ocasión de la ley, expresión misma de la soberanía. No puede serlo tampoco con ocasión de los actos ejecutivos, actos jurisdiccionales o administrativos. Si estos actos, en efecto, son conforme a la ley, la cuestión de responsabilidad no se plantea ni para el Estado ni para el agente público. Si son contrarios a la ley no se plantea para el Estado, pues éste ha hecho una ley, ha creado el Derecho, y ha querido que esta ley sea ejecutada. Si no lo es o es violada es que el agente pone su propia voluntad en lugar de la del Estado soberano. No hay, pues, sino una voluntad que pueda ser responsable, la del agente público.

"Todo esto era muy lógico, tan lógico que algunos autores, de tendencia progresista, cuyos escritos gozan de autoridad, no ha podido aún sustraerse a esta surte de obsesión que impone a su espíritu la idea persistente de soberanía. Obligados a reconocer que la responsabilidad del Estado está seguramente comprometida en algunos casos, declaran que no es posible cuando el Estado obra como poder público, a menos que la ley no haya determinado expresamente M. Berthelemy en la 7a. edición (1913) de su *Traité du Droit administratif* declara aún que en principio el Estado es irresponsable con ocasión de los actos de poder público (pág. 73). Teissier en su interesante obra *Responsabilité de la puissance publique*, es menos afirmativo. Pero su espíritu continúa dominado por esta idea: que al11 donde se manifiesta verdaderamente la soberanía del Estado no puede haber cuestión de responsabilidad. "Las leyes, escribe, constituyen en primer término actos de soberanía, Y los daños causados por ellas a los

particulares, salvo disposiciones contrarias, no pueden dar lugar a una acción de responsabilidad contra el Estado, ni ante la jurisdicción administrativa ni ante la autoridad judicial" (num.17).

"Se ve con esto la interdependencia de estas dos nociones de soberanía y de irresponsabilidad. Ella se afirma claramente en estas doctrinas que reconociendo la responsabilidad del Estado en ciertos casos, se apresuran a añadir que es solamente en los casos en que el Estado no obra como poder. Se hace, pues, una brecha al principio de la irresponsabilidad. ¿Pero dónde se detendrá? ¿Cómo se podrá distinguir los casos en que hay manifestación de poder y por consecuencia irresponsabilidad, y aquellos en que hay responsabilidad porque no hay manifestación del poder? Se ha dicho ya que el Estado es una persona soberana por definición, es siempre esta persona y no puede no serlo en ciertos casos' y serlo en otros, y si su soberanía implica su irresponsabilidad, no puede nunca ser responsable." (Las Transformaciones del Derecho Público y Privado"- Heliasta - págs.135 a 137)

Como se ve, de iniciación existen ciertas zonas de estatal frente a las cuales se continuó aplicando la tesis de la irresponsabilidad, en unos casos, y, otros para los cuales su deducción se condicionó a ciertas exigencias especialmente rigurosas, tales como la existencia de "faltas manifiestas y de particular gravedad" o de "faltas administrativas graves", para algunos servicios públicos. En el primero de los renglones indicados, se situaron por ejemplo, las leyes, los actos jurisdiccionales y los actos de gobierno, los cuales, sin embargo, con el paso del tiempo fueron formando parte de la acción "responsable" del estado disminuyendo, hasta su extinción, en buena parte de los regímenes jurídicos, los casos de irresponsabilidad.

Y, en cuanto a los segundos, las exigencias se fueron eliminando o disminuyendo su rigorismo, de modo que se facilitó notoriamente la responsabilidad patrimonial a cargo de las personas jurídicas de Derecho Público.

Recorrido similar ha seguido nuestro derecho en el cual, por lo demás, no se conocen antecedentes importantes que permitan señalar una época patrimonialmente irresponsable; de modo que las afirmaciones del recurrente resultan francamente inaceptables, bien como teoría general, bien como tesis particular para el Estado Colombiano.

Ya la Corte Suprema de Justicia, para entonces encargada de la guarda de la Constitución, en sentencia de 15 de 1984, examinando la constitucionalidad del artículo 82 del Decreto Extraordinario No. 01 de 1.984 en lo atinente al control jurisdiccional de los denominados "actos políticos o de gobierno", dijo "que la distinción entre acto administrativo y acto político o de gobierno, es una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, puesto que ninguna cláusula de aquélla permite hacer dicha diferenciación que por mayor o sea el que se llegue, a lo sumo permitiría concluir

que dichos actos de gobierno constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos, que no servirá para excluir tales actos del control jurisdiccional".

Esta concepción jurisprudencial corre pareja con las tesis jusadministrativistas contemporáneas que pretenden reducir el ámbito de discrecionalidad del Estado con el objeto de sujetar la totalidad de su acción al imperio del Derecho y al examen del contralor jurisdiccional, y, por lo tanto, a la posibilidad de que comprometa la responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas de Derecho Público. En este propósito han revestido especial importancia las reflexiones del profesor García de Enterría al establecer las diferencias entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, ideas que han sido acogidas en oportunidades diversas por la jurisprudencia española y por la Colombiana.

Son estas concepciones las que se respiran en el conjunto normativo de la Constitución Política vigente desde 1991, en especial en el artículo 90 o cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado y que, bajo la Carta Política anterior, habían sido deducidas, por interpretación sistemática y luego de una lenta pero decidida elaboración, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

No es posible, pues, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado Social de Derecho (art. 10. de la C. N.), so pretexto de que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio de su soberanía; tal recurso no podrá jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca impunemente daños antijurídicos a los asociados.

c. -La Falla del servicio.- En expediente N°. 8222, actor: Cecilia Sierra de Medina y otros, que fue fallado el 19 de agosto de 1994 con ponencia del Consejero Daniel Suarez Hernández, se analizó este elemento con base en el material probatorio recaudado en el proceso; como los medios de prueba allí recogidos se corresponden con los que obran en este proceso, los análisis hechos entonces resultan pertinentes ahora.

Dijo la Sala:

"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 M19.

"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, el 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 105 medios de comunicación". (f15. 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 1.935, 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 ... " (f1. 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 l 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 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 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 Echandia. 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 Echandia y yo ... Ni yo di la orden de retiro del servicio policivo ni el doctor Reyes Echandia pudo hacerlo, dadas las conversaciones previas que habíamos tenido... Estábamos demasiado compenetrados con el deber que teníamos y no podíamos dejar a 105 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 Echandia, 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 10 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 proteger los 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 subjuice 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 y de quienes allí por una u otra razón se 'j. 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 venla amenazando de muerte a los

Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y el mismo que habla anunciado, de tiempo atrás, la ocupación del Palacio donde aquella funcionaba. Era el mismo enemigo que habla 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, al emitir su concepto en el proceso No.9276, donde figura como demandante Susana Becerra de Medellín, 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 11 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 inoperancia 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 subjuice si 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 parte recurrente 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 comparte la Sala todas las apreciaciones de la parte recurrente 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 f en ejercicio de su cargo, situación que corresponde a lo previsto en el inciso tercero del artículo 251 del C. de P.C.,"

En síntesis, la falla del servicio se presentó por partida doble:

De una parte por haber suprimido la vigilancia necesaria en momentos en que no cabía duda de la gravedad de las amenazas que corrían los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, como personas y como funcionarios; la institución judicial en la cúpula de la rama correspondiente; y el Palacio de Justicia que albergaba las dos altas corporaciones jurisdiccionales. La vigilancia adecuada de las instalaciones físicas que servirán de sede a los organismos judiciales, era obligación corriente del Estado; por lo probado en el proceso, esa obligación no se

cumplió. Las extraordinarias circunstancias de violencia que vivía el país, las dificultades las que atravesaba el proceso de paz trazado por el Gobierno, los actos que con anterioridad inmediata se habían cumplido por la guerrilla, los asuntos especialmente delicados que se debía decidir por esos días en la Corte Suprema de Justicia, las amenazas graves de que habían sido objeto Magistrados y Consejeros y cuya seriedad fue constatada por las fuerzas de seguridad, exigían que se proveyese de vigilancia y de protección especiales al Palacio de Justicia así como a Magistrados y Consejeros; y que dicha vigilancia y protección permanecieran mientras la situación de riesgo subsistieran.

Sostener que "el peligro de la toma era el día 17", y que sin embargo "se puso el servicio hasta el 21", como muestra de eficiencia en el cumplimiento de obligación estatal es una explicación que se merece entre la ingenuidad y el cinismo; idéntica cariz tiene la pretensión de descargar en el sacrificado Presidente de la Corte Suprema de Justicia la responsabilidad del abandono de la vigilancia del Palacio, la cual, por lo demás, aparece claramente desmentida con los testimonios de magistrados y Consejeros y, por sobre todo, con las afirmaciones del entonces Presidente del Consejo de Estado que sostiene categóricamente que tal orden no salió del Palacio, amén de que, para las fechas en que presuntamente se dio, el Dr. Reyes Echandía atendía diligencias académicas en la ciudad de Bucaramanga.

Por este primer aspecto, pues, se abandonó a su suerte la institución judicial representada por sus cuerpos de mayor jerarquía, desconociendo, por lo tanto, no solo la obligación de proteger la vida y la integridad física de Magistrados, funcionarios y empleados judiciales, sino también la de velar por la institucionalidad del Estado en una de sus ramificaciones tradicionales: la jurisdiccional.

Curiosamente, todo lo ocurrido presenta luego bajo un panorama de defensa de las instituciones de la República; ¡valdría la pena preguntar si la rama judicial estaba excluida de este concepto!

La segunda parte de la actuación oficial, constitutiva también de falla del servicio consistió como se dijo en la sentencia de la Sala cuyos apartes se transcribieron en ésta, en la forma atropellada, imprudente, improvidente con que las Fuerzas Armadas reprimieron la toma del Palacio de Justicia.

Se arrasó a los captores cuya injustificable necedad, apoyada en la negligencia estatal desencadenó la tragedia.

Pero se arrasó, al mismo tiempo, a casi un centenar de personas entre las cuales se contaban 11 Magistrados de la Corte, y ocho funcionarios y empleados de esa misma corporación y del Consejo de Estado; y, "protegiendo las instituciones", se desinstitucionalizó la rama judicial generando horribles y justificados temores entre los miembros de la especie humana que la conforman y falta de confianza entre la ciudadanía

respecto de la fortaleza institucional de la rama judicial, en un proceso de deslegitimación que no acaba de terminar.

La atropellada cadena de circunstancias dolorosas unas, escandalosas otras, gravísimas todas, que presencia inerte la ciudadan¹a ha impedido que se avalúen concienzudamente las desastrosas secuelas que, en todos los órdenes, dejaron y siguen produciendo los hechos atroces que aquí se juzgan y cuya sola descripción horroriza el espíritu y contrista el alma de un pueblo noble como el colombiano, todo a contrapelo de cualquier idea de civilización.

Lo dicho muestra hasta qué punto es desacertado invocar la soberanía Estatal como justificante de la acción cuestionada y como fundamento de una pretendida irresponsabilidad patrimonial.

Se hacen estas reflexiones sobre la falla del servicio porque, como se dice en el fallo lo que ha venido citando la Sala este es el régimen común de responsabilidad patrimonial del Estado, el cual, por consiguiente, desplaza cualquiera otro que resultara aplicable; además de las razones que en dicho fallo se explican y que ahora se reiteran, hay que subrayar el papel de control de la acción del Estado, fundamentalmente en el ejercicio de su función administrativa que ha sido confiada a esta jurisdicción. Por él, debe el juez contencioso administrativo determinar, para cada caso concreto, las obligaciones a cargo de las entidades públicas, su extensión y su infracción o cumplimiento frente a los hechos sometidos a su examen.

D. – El daño. Consecuente la Sala con la declaración de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa, se procede a fijar el quantum de los perjuicios morales, los cuales se calcularon por el a-quo en suma equivalente a 100 gramos de oro para cada uno de los actores que estuvieron retenidos en el Palacio de Justicia. Pero la Sala considera que el monto de los perjuicios morales debe ser aumentado, toda vez que los actores tuvieron que soportar los padecimientos morales inherentes a una situación de violencia a la cual eran ajenos, traducidos en sentimientos de angustia, desazón y desesperación, pues así lo decidió esta Corporación en sentencia de marzo 16 de 1.995, con ponencia del Dr. Daniel Suarez H; por tal razón esta Corporación considera justo reconocer como compensación por esa afectación moral el equivalente en pesos a 300 gramos de oro para cada uno de estos demandantes.

Por último en lo relacionado con el perjuicio material que afirma haber sufrido una de las demandantes, la Dra. María Helena no se allegó al proceso prueba alguna que permita establecerlo, razón suficiente para que no proceda condena por ese concepto.

Por lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMANSE los ordinales 1, 2, 4, y 5 de la sentencia apelada, esto es la del 28 de octubre de 1.993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO.- MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia impugnada, el cual quedará así:

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional- a reconocer y a pagar, a título de indemnización por perjuicios morales subjetivos, a Mari; Helena Giraldo Gómez, Alvaro Abella Reyes, Mireya Celly Polanco, Martha Clemencia Mendoza Ardila, Nora Buitrago Arango y Mirio Moncaleano, el valor en pesos colombianos según certificación del Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de (300) gramos de oro puro, para cada uno de ellos.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de fecha treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

DR. MAURICIO SARRIA BARRAGÁN
Conjuez

DR. JAVIER DIAZ BUENO
Conjuez.-
Ausente

JAIRO PARRA QUIJANO
Conjuez

LOLA BENAVIDES LOPEZ

Secretaría