

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CASO PALACIO DE JUSTICIA / VÍCTIMA DEL HOLOCAUSTO DEL PALACIO DE JUSTICIA / FALLA DEL SERVICIO / PREVISIBILIDAD DEL DAÑO / INDICIO / DEBER DE VIGILANCIA DEL ESTADO / DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALLA DEL SERVICIO

Establecidos entonces los elementos configurativos de la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber: la falla del servicio, el daño y el nexo causal entre éste y aquélla, resultaba no solo pertinente, sino procesalmente imperativa la declaratoria de responsabilidad que hizo el juzgador de primera instancia. Ahora bien, dada la referencia que se hizo en el fallo apelado al artículo 90 de la Constitución Política vigente y el cuestionamiento que el recurrente formula por estimar que se le dió una aplicación retroactiva a la norma constitucional, la Sala encuentra necesario hacer algunas precisiones al respecto. La primera de ellas consiste en que no se trata de que el a quo haya dado aplicación retroactiva a la Constitución Política de 1.991 como se dice por el impugnante. De ninguna manera. El Tribunal al hacer referencia al último estatuto constitucional simplemente expresó que a partir del 6 de julio de 1.991 la responsabilidad del Estado fue expresamente consagrada en el texto constitucional. Esa alusión al artículo 90 mal podría entenderse como una aplicación retroactiva. El afirmar que en la nueva norma se consagró constitucionalmente la responsabilidad patrimonial del Estado, no implica su aplicación retroactiva, en razón a que con anterioridad a su vigencia también las normas constitucionales, especialmente el artículo 16 de la Carta Fundamental habían servido a la jurisprudencia para elaborar la teoría de la responsabilidad estatal por falla del servicio. De otra parte, no puede olvidarse que el manejo jurídico del caso examinado lo orientó el Tribunal por el régimen de responsabilidad administrativa basado en la tesis de la falla del servicio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 90 / CONSTITUCIÓN NACIONAL - ARTÍCULO 16

NOTA DE RELATORÍA: Respecto a la responsabilidad del Estado derivada del holocausto del palacio de justicia, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 1994, rad. 8222, C. P. Daniel Suarez Hernández y sentencia 28 de noviembre de 1994, rad. 9955, C. P. Daniel Suarez Hernández. Con relación a la falla del servicio de las autoridades, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de julio de 1993, rad. 8163, C. P. Juan de Dios Montes Hernández.

PERJUICIO MORAL / MUERTE DE LA PERSONA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PRESUNCIÓN DE PERJUICIO MORAL / TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / APLICACIÓN DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / BENEFICIARIO DEL PERJUICIO MORAL

Con respecto a los [perjuicios] morales (...) el reconocimiento por el a quo en favor de la progenitora del occiso en cuantía equivalente a 1.000 gramos oro, habrá de mantenerse.

CÁLCULO DE LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE / CÁLCULO DEL LUCRO CESANTE / CLASES DE LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / MUERTE DE LA PERSONA / LUCRO CESANTE FUTURO / LUCRO CESANTE DEBIDO / SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / LUCRO CESANTE CONSOLIDADO / PARÁMETROS DE LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE

En relación con los perjuicios materiales, cuya cuantificación cuestiona la parte actora, considera la Sala que efectivamente han debido liquidarse conforme al

periodo probable de vida que de acuerdo con la tabla de mortalidad que obra en el proceso le pueda corresponder a la señora demandante. Por consiguiente, para mayor claridad, se procederá a efectuar todo el procedimiento liquidatorio de los perjuicios materiales, los cuales se liquidarán con base en el salario devengado por [la víctima], que para la fecha de su muerte correspondía a \$28.683.80 mensuales, de los cuales se deducirá un 25% que supuestamente dedicaba para sus gastos personales la víctima. El 75% restante se dividirá, según decisión del Tribunal, no protestada por la parte actora, así: la mitad para la cónyuge del occiso, y la otra mitad, por partes iguales entre sus dos hijos y la madre, correspondiéndole a esta última la cantidad de \$3.585.52. Los valores correspondientes se actualizarán conforme a los índices de precios al consumidor vigentes en noviembre de 1.985 y enero de 1.995, siguiendo los procedimientos ordinariamente utilizados por la Sala.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número: CE-SEC3-EXP1995-N9947

Actor: MARÍA DE JESÚS MALAVER DE TOVAR

Demandado: NACIÓN - MINDEFENSA

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Corresponde a la Sala decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 10 de marzo de 1.994, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: Declárase no probada la excepción propuesta.

“SEGUNDO: Declárase administrativamente responsable de la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, por los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1992 en los cuales falleció JOSÉ GERARDO MALAVER.

“TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, condénase a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA a pagar la suma de TRES MILLONES SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL (sic) PESOS CON UN CENTAVO (\$3.069.489.01), y la suma equivalente a MIL GRAMOS DE ORO PURO (1.000 gramos), de acuerdo con la

cotización que realice el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la sentencia, a favor de MARIA DE JESUS MALAVER DE TOVAR.

“CUARTO: Si este fallo no fuere apelado consúltese con el Superior”.

A solicitud del demandante fue corregida la sentencia en el sentido de reconocer por perjuicios materiales la cantidad de \$3.108.843.37.

I. ANTECEDENTES PROCESALES.

1°. La demanda.

La señora MARIA DE JESUS MALAVER DE TOVAR en su propio nombre mediante escrito presentado el 27 de octubre de 1.987 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, formuló demanda contra la Nación – Ministerio de Defensa, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Que se condene a la parte demandada a reconocer y pagar en favor de la actora los perjuicios materiales objetivados y los morales subjetivados, que se causaron con la muerte del señor JOSE GERARDO MALAVER.

“La indemnización comprenderá el lucro cesante y el daño emergente y sobre su reconocimiento se pagará el reajuste monetario que se ocurriere por devaluación, así como los intereses por mora en su pago, liquidados con base en las tasas que para ambos conceptos certifiquen el Banco de la República y la Superintendencia Bancaria. El daño emergente que afecta a la hija del occiso y a la madre de ésta deberá estimarse con base en la aplicación de las tablas del promedio de la vida colombiana aprobadas y acogidas por la Superintendencia Bancaria, para calcular la vida posible del abruptamente desaparecido, y la de los beneficiarios, para que con base en esta se determine el monto del perjuicio, tomando la rentabilidad potencial que habría podido generar el desaparecido hacia el futuro.

“Los perjuicios morales se determinarán mediante la aplicación del artículo 106 C.P.

“II. Se servirán igualmente liberar condena por las costas de este proceso.”

2°. Fundamentos de hecho.

Lo acontecido se refiere así en la demanda:

“I. Los días seis y siete de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco se llevó a cabo un operativo militar en el Palacio de Justicia, con motivo de la toma de éste por un grupo subversivo.

“II. Dentro del recinto de la H. Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento de los deberes de su cargo se encontraba el señor JOSE GERARDO MALAVER, quien prestaba sus servicios como comisionado del DAS, ante los Magistrados de la Corte y del Consejo de Estado.

“III. El Ejército Nacional desplegó en el operativo actuación que no estaba orientada propiamente, a “garantizar la vida de los ciudadanos” que se encontraban en el recinto, en cumplimiento de sus deberes.

“IV. Como resultado del operativo citado, perdió la vida el ciudadano JOSE GERARDO MALAVER.

“V. El señor Presidente de la República y su Ministro de Defensa, no obstante los ruegos del Dr. Alfonso Reyes Echandía, Presidente de la Corte, no tomaron medida alguna conducente a proteger la vida de los funcionarios y los ciudadanos injustamente envueltos en el operativo militar.

“VI. Mi poderdante MARÍA DE JESUS MALAVER DE TOVAR, es persona carente de recursos económicos e incapaz de propiciárselos, por su avanzada edad, era LA MADRE del occiso y dependía económicamente de él.

“VII. Las actuaciones antecedentes y concomitantes del Estado frente a las amenazas que existían contar la Corte Suprema de Justicia, determinan que hubo error in vigilando por parte de las autoridades de la República.

“VIII. El Sr. José G. Malaver, con el salario que devengaba en el DAS, además de su esposa e hija, sostenía a (sic) señora madre.”

3. La actuación procesal.

El auto admisorio de la demanda le fue notificado al Ministro de Defensa Nacional, quien por conducto de su apoderada dió contestación al libelo demandatorio.

a). Respuesta del Ministerio de Defensa.

La apoderada del Ministerio de Defensa propuso la excepción de inepta demanda por cuanto la parte actora no estimó razonadamente la cuantía. Planteó asimismo la inexistencia del nexo de causalidad con fundamento en “La brutalidad del ataque y la capacidad logística del Grupo Guerrillero”, “el personal de guerrilleros destacados dentro del Palacio”, “el desalojo de las autoridades como consecuencia de la orden: del entonces Presidente de la Corte Dr. Alfonso Reyes Echandía”, para concluir que el hecho se debió a la culpa de un tercero que por lo mismo exonera de responsabilidad a la Nación. Solicitó la práctica de diversas pruebas.

Agotado el periodo probatorio se dispuso el traslado de rigor para que las partes alegaran de bien probado y para que el Ministerio Público emitiera su concepto de fondo.

1. Alegato del Ministerio de Defensa.

El apoderado del Ministerio de Defensa Nacional, en escrito visible a folios 157 a 228, manifestó lo siguiente:

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 reglas se aplica en las relaciones del estado con sus funcionarios, en el ejercicio actividades de defensa, en la función legislativa, en las actividades de control del orden público, en la función judicial...”.

Al hacer mención de los fundamentos de la responsabilidad administrativa, se refiere al daño, el cual, para ser reparado estima que debe ser cierto, especial, anormal, y recaer sobre una situación jurídicamente protegida. Ese daño, anota, jurisprudencialmente se ha establecido que debe acreditarse por cuanto no es presumible. Hace igualmente referencia al daño moral, respecto del cual advierte algunos problemas que en su entorno se presentan, entre otras razones, porque

su reconocimiento compensatorio del dolor “conduce a minimizar la vida humana y 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 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 explica 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 “natura” 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 asimismo 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 y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, así como los auxilios médicos otorgados a los damnificados del Palacio de Justicia y la gratificación pecuniaria otorgada por el Decreto 3.270 de 1.985, reformado por el Decreto 3.381 del mismo año.

Pasa luego a analizar 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”. Afirma que en el sub iudice el a quo en la sentencia condenó a la demandada contrariando el principio comentado, dado que, la parte demandante no demostró falla del servicio por parte del Estado, pese a lo cual decidió presumir que tal elemento de la responsabilidad se hallaba acreditado. 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. Para

concluir que no se probó la existencia de la falla el servicio, ni tampoco el nexo causal entre la falla y el daño alegado.

Igualmente planteó que en el proceso no reposa la demostración suficiente sobre el hecho supuestamente constitutivo de la falla o falta el servicio, como tampoco se encuentra mérito para invertir la carga la prueba como lo hizo el Tribunal. Se refiere luego a la relación de los medios probatorios consignados en la sentencia y de los mismos el apelante infiere que nada se demostró sobre la operación militar, la forma como ésta se ejecutó, las órdenes y los actos del gobierno emitidos y mucho menos que aquella o estos no hubieran sido los adecuados y proporcionados a la magnitud y características de la táctica. En tales condiciones sostiene que no se desvirtuó la presunción de legalidad, idoneidad y buena fé que cobija la actuación del Estado, y que tampoco se evaluó la necesidad de esa operación militar, ni las características mismas del ataque, cuando la ocupación era en un edificio de muy especiales condiciones arquitectónicas y que el desalojo se cumplió en ejercicio de un deber constitucional, legal y de Estado. De las consideraciones anteriores infiere que surge una duda razonable sobre que el daño hubiera sido antijurídico o que se hubiese dado una falla u omisión administrativa.

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

En cuanto a la inadecuada ofensiva militar observa que no se trajo al expediente prueba alguna para establecer que la acción de la fuerza pública hubiera sido ineficaz o desordenada. Considera que es posible concluir que la reacción de las fuerzas del orden permitió salvar a la mayor parte de los rehenes, cuyo rescate dado el diseño arquitectónico del edificio dificultó la labor de las Fuerzas Militares.

Respecto de la violación del derecho de gentes manifiesta que el grupo subversivo M-19 violó los más claros principios de tal derecho sobre protección de la población civil, iniciada con la muerte de los dos vigilantes privados y del administrador del edificio, atentado que se evidencia aún más al tomar como

rehenes a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, así como a los trabajadores de la rama judicial y demás personas que se encontraban dentro el palacio en esos momentos. En tales condiciones el gobierno decidió desde el primer momento no negociar por cuanto hacerlo implicaría someter la soberanía del Estado a la voluntad de los terroristas. Le correspondía al gobierno colombiano, antes que negociar, mantener el orden jurídico legítimamente constituido.

Aduce igualmente que el gobierno jamás se negó a dialogar con los guerrilleros y que el Presidente de la República a través del Director de la Cruz Roja Colombiana propició el diálogo con los subversivos sin poderse lograr por el rechazo violento que el grupo armado le hiciera. Insiste en que el gobierno en todo momento procuro 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.

Argumenta asimismo que no existe nexo causal entre la falla en el servicio y el daño causado, por cuanto José Gerardo Malaver no falleció por culpa del Estado Colombiano, sino que fué asesinado en su lugar de trabajo por el grupo guerrillero. Afirma que no se ha probado, ni se ha podido afirmar con certeza que las víctimas del Palacio de Justicia lo fueran como consecuencia de la acción de las Fuerzas Armadas, ni que la muerte de aquellas se produjo indirectamente por la reacción de las Fuerzas Militares.

Anota que aún con la presencia de más soldados, con más requisas, el atentado se hubiera producido pues los guerrilleros se habían preparado con suficiente anticipación. Para concluir esta parte de su alegato manifiesta que cualquier nexo causal que pudiera haber existido entre la falla alegada y el lamentable asesinato del señor Malaver, se encuentra disuelto por la acción de los guerrilleros.

Igualmente analiza lo relacionado con la carga de la prueba en la teoría de la falla del servicio público y recuerda el aforismo latino: “onus probandi incumbit actori”, aplicable en esta jurisdicción, del cual deduce que la parte actora debe probar la existencia de los tres elementos estructurales de la responsabilidad por cuanto ésta no se presume y al respecto cita en lo pertinente algunos apartes de anteriores pronunciamientos de la Sala.

Se refiere luego a la presunción de falta, expresión que encuentra confusa y ambigua pues no se sabe si lo que se presume es la falla o el hecho mismo. Para

el caso examinado su aplicación no tiene fundamento como no lo tiene la consecuente inversión de la prueba, dado que no se trata de hechos ocasionados por vehículo oficial ni se comprobó que la muerte de los rehenes se hubiera ocasionado por las armas oficiales.

Con referencia a las conclusiones a que llegó el Tribunal Especial estima que aquellas no pueden tomarse como pruebas en este proceso, en razón a que el Diario Oficial contentivo de las mismas no prueba nada distinto a que los Miembros de la Comisión realizaron una labor de instrucción criminal a la cual el gobierno quiso darle publicidad. De hecho, sostiene, su misión era la de investigar y emitir unas conclusiones y no la de proferir un fallo o sentencia. Desconoce al Diario Oficial aludido el carácter de prueba documental en sí mismo por no considerarlo documento público, dado que carece de firma y no se acomoda a las condiciones del artículo 251 del C. de 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 sólo pueden trasladarse pruebas de un proceso judicial y que tales pruebas no fueron practicadas en un “proceso” y menos con audiencia 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. Encuentro un tanto confusa y sutil la definición del hecho notorio y sostiene que la Corte Suprema de Justicia ha rechazado el hecho notorio como supletivo del deber de probar los hechos que originaron el proceso, para concluir entonces que sin perjuicio de las consecuencias desastrosas de la toma del Palacio de Justicia y de la notable publicidad de los hechos, así como de la indignación nacional contra las Fuerzas Armadas, quien pretendiera demandar por lo sucedido no quedaba librado de probar los hechos y sus afirmaciones.

Como conclusión solicita que se rechacen las súplicas de la demanda y que, por consiguiente, no se condene a la Nación.

2. Alegato de la parte actora.

Argumenta el apoderado de la demandante que Malaver era empleado del DAS, como comisionado ante la Corte y el Consejo de Estado razón por la cual permanecía habitualmente en el Palacio de Justicia de Bogotá; que el movimiento subversivo denominado M-19 había amenazado con tomarse el Palacio; que la fuerza pública, no obstante las medidas de seguridad que se habían dispuesto para custodiar a los Magistrados de la Corte y vigilar el edificio donde funcionaban las más altas jerarquías de la justicia colombiana, para el día 6 de noviembre de 1.985 omitió prestar esa custodia y vigilancia en tales instalaciones: que en ese mismo día el M-19 se tomó por asalto el Palacio de Justicia de Bogotá; y que de ahí en adelante lo sucedido puede considerarse como hecho notorio. Que además, quienes se encontraban dentro del Palacio quedaron como rehenes de los guerrilleros; que las fuerzas del orden reaccionaron para recuperar las instalaciones; que hubo intenso intercambio de disparos con armas de distintos tipos y calibres; y que al final en medio del tiroteo perdió la vida José Gerardo Malaver. Igualmente sostiene que se probó la existencia de la falla del servicio, del daño y de la relación de causalidad entre éste y aquella, toda vez que fue "precisamente la omisión y negligencia en la vigilancia del edificio, confiada a compañía de vigilancia privada deficientemente armada, lo que facilitó la toma y posterior muerte del citado, la displicente actitud del Gobierno en cuanto a las posibilidades de detener el operativo para dialogar, y la arrogante actuación con despliegue de fuerza ofensiva del operativo militar lo que propició el fuego cruzado entre subversión y Ejército, en medio del cual quedaron muertos escoltas, choferes y comisionados". Así mismo afirma la existencia del perjuicio material y moral de la demandante por la muerte de su hijo quien era su apoyo económico.

3. Concepto del Ministerio Público.

Para el Procurador 11 Judicial, el subjuice se dan los presupuestos indispensables para declarar la responsabilidad administrativa por falla del servicio, la cual deduce de la omisión administrativa en el servicio de vigilancia. Considera que se acreditó el daño moral más no el material y encuentra probado el vínculo causal entre la falla y el perjuicio, para concluir con un pronunciamiento favorable a las súplicas de la demanda en cuanto al perjuicio moral se refiere.

4°. La sentencia apelada.

Procedió el juzgador a que inicialmente a relacionar las pruebas que acreditan la legalidad en la causa de la demandante y posteriormente las recaudadas para demostrar los hechos relacionados en la demanda.

Al examinar la excepción propuesta hizo las siguientes observaciones:

Con respecto a la ineptitud de la demanda por no haberse razonado adecuadamente la cuantía de la misma, el Tribunal la desestimó por cuanto consideró que ella cumplía con las exigencias propias relacionadas con la indicación de la cuantía, dado que "la sola identificación del perjuicio moral permite la determinación de la competencia en primera instancia ante este Tribunal.

Dió el aquo por probado que la víctima se hallaba dentro del edificio cuando sorpresivamente ingresó al mismo el grupo guerrillero, que el Gobierno; que la muerte ocurrió por calcinación; que existían amenazas y que las autoridades estaban enteradas de las mismas; que al iniciarse la toma del Palacio no existía vigilancia oficial; que el occiso era hijo de María de Jesús Malaver a quien mantenía económicamente; y que convivía con su progenitora su esposa y dos hijos.

Así mismo encontró acreditado que el gobierno ordenó recuperar militarmente el Palacio y rescatar a los rehenes, quienes clamaban en vano el cese al fuego, para después de varias horas de enfrentamiento entre la fuerza pública y los subversivos, culminar con el sangriento resultado de muertos tanto de quienes regularmente se encontraban en el palacio, como de integrantes del grupo guerrillero.

Si las fuerzas armadas tienen la obligación de proteger la vida de todas las personas, según el Tribunal, no se daba razón alguna para que en este caso no se hubiera dado cumplimiento a dicha obligación. Además, afirmó que no se dió la prueba de que la demandada hubiera cumplido con su deber de proteger la vida de Malaver.

Se dice en la sentencia impugnada que jurisprudencialmente la responsabilidad del Estado se fundamentó sobre normas constitucionales que reconocían los derechos y garantías fundamentales, especialmente los artículos 16, 20, 21, 31, 32, 33, 35, 43, 44, y 55 de la Carta de 1.886, pero que a partir del 6 de julio de 1.991, tal responsabilidad tiene consagración constitucional. Precisamente, observa el a quo, con el artículo 1° de la nueva Constitución, Colombia quedó constituida en Estado Social de derecho y como tal fundado en el principio de dignidad humana y solidaridad entre todos, de tal forma que en desarrollo de dichos principios al Estado le corresponden ciertos deberes que al no cumplirlos y por ello se causa un daño antijurídico, deberá responder patrimonialmente, según lo consagra el artículo 90 de la Carta Fundamental.

De otra parte, precisa cómo según el artículo 93 de la Constitución Política, las normas de derecho internacional referidas a los derechos humanos, tienen prevalencia sobre el derecho interno. En tales condiciones recuerda el Tribunal que la Convención de Ginebra de 1.949, en su artículo 3° establece que en un conflicto armado que no sea de índole internacional, las partes contendientes deben cumplir las reglas mínimas de humanidad y de igualdad a favor del personal civil, o sea, el ajeno a las hostilidades; los miembros de las fuerzas armadas que depongan las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa. Tales obligaciones, no fueron cumplidas por las fuerzas hostiles, ni siquiera por las fuerzas militares a cuya carga se encontraba la protección de la vida e integridad de todos los ciudadanos.

Concluyó así el Tribunal, "que evidentemente falló el servicio que debía cumplir la Administración, pues con su actuación la fuerza pública quebrantó algunas de sus obligaciones causando con ello perjuicios irredimibles. Si por lo menos, hubieren pretendido ejercer sentimientos de solidaridad y humanidad frente a las personas que allí permanecías, otro hubiera sido el acontecer final de la dolorosa tragedia nacional".

Por concepto de perjuicios dispuso el Tribunal el reconcomiendo de los mismos, así:

- a) Los de orden moral en cuantía equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para la madre del occiso.
- b) Los perjuicios materiales fueron reconocidos igualmente para la progenitora en cuantía igual a la de uno de los hijos de víctima. Únicamente se liquidó el periodo debido o consolidado hasta la fecha de la sentencia, por considerar que dada su edad de 83 años no tenía derecho a indemnización futura. El valor de la indemnización fue de \$3.069.489.01.

5°. La segunda instancia.

1. Razones de la apelación.

El apoderado de la parte actora solicitó una corrección aritmética sobre el valor de los perjuicios materiales a lo cual accedió el Tribunal para liquidar dicho valor en la cantidad de \$3.108.843.37.

Así mismo interpuso recurso de apelación para que se le reconociera indemnización futura desde la fecha de la sentencia hasta el 14 de junio de 1998 cuando se cumpliría el término de vida probable de la demandante.

El apoderado del Ministerio de Defensa Nacional, descontento con el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca interpuso contra aquel recurso de apelación, cuya sustentación consignada en escrito visible a los folios 278 a 264, en lo fundamental, coincide con los planteamientos plasmados en el alegato de bien probado presentado en la primera instancia y sobre el cual la Sala ya hizo referencia en este fallo, circunstancia que la releva de nuevamente referirse al mismo.

Concluye su escrito de inconformidad manifestando que las Fuerzas Armadas actuaron en ejercicio y cumplimiento de un deber constitucional y legal; que no se ha podido afirmar que el operativo hubiese sido logística o técnicamente inadecuado; que pese a la reacción de las autoridades, éstas no pudieron evitar los hechos ocasionados por el grupo subversivo; que ninguna de las muertes de los rehenes fue ocasionada por armas del Ejército y que no puede olvidarse que los hechos y el daño fueron causados 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 por lo tanto el Honorable Consejo de Estado debe revocar la sentencia apelada, exonerando a la Nación, por los llamados hechos del Palacio de Justicia".

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 reemplazados conforme a la ley.

6°. Concepto del Ministerio Público.-

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación rindió su concepto en escrito que obra a folios 375 a 378. Con la advertencia de que no procede al estudio detallado de la falla del servicio por cuanto en su criterio sobre el particular es suficientemente conocido, el señor agente del Ministerio Público se muestra de acuerdo con la parte actora en el sentido de que se reforme la sentencia reconociendo la indemnización futura o anticipada tomando en consideración la expectativa de vida que le corresponde a la actora. En lo demás pide que se confirme el fallo recurrido.

Las partes alegaron de conclusión en la segunda instancia con argumentos similares a los expresados en el proceso y sobre los cuales la Sala ya se refirió en esta providencia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dado que son múltiples los aspectos jurídicos y fácticos 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. Cabe advertir sí, que fundamentalmente se seguirán las pautas y orientaciones jurisprudenciales, plasmadas con anterioridad en otras sentencias en las que así mismo la Sala se ha pronunciado con relación a los hechos del Palacio de Justicia. Para el sub iudice, por razones de similitud, se tendrá especialmente en cuenta lo expresado en sentencias de 19 de agosto de 1994, expedientes Nos. 8222 y 9955 donde figuraron como demandantes la señora Cecilia Sierra de Medina y Otros y la doctora Amalia Mantilla Villegas y Otra, respectivamente, en las cuales se expresó:

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

"Planteó el apoderado de la Nación, al contestar la demanda y al recurrir 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 frete 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 los artículos 16, 20, 30, y 51 de la Carta Política de 1.886, columna vertebral del nuestro régimen de responsabilidad administrativa extracontractual, ni en las demás disposiciones constitucionales y legales que lo complementaron, se liberó de responsabilidad, por excepción, al Estado, con base en los motivos expresados por la demandada, como reiteradamente lo precisó la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia y ésta Corporación. Idéntica apreciación procede con respecto a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política vigente y en relación con el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, norma en la cual tampoco se consagró excepción alguna de responsabilidad, que sirviera de respaldo a la argumentación del representante judicial de la Nación.

“2). El régimen de responsabilidad aplicable.

"Sea lo primero señalar que para la Sala no existe ninguna duda con respecto al régimen de responsabilidad extracontractual bajo el cual se decidirá la presente controversia. Sin desconocer que teóricamente lo acontecido podría enmarcarse dentro de la tesis objetiva del daño especial, dada, en principio, la legitimidad de la actuación oficial y los daños ocasionados, lo cierto es que se hallan en el proceso fundamentos fácticos y jurídicos más que suficientes para estructurar el régimen 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, 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 la 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 objetivante, en cuando 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 subjuice resulta comprometida bajo dicho régimen la responsabilidad de la Nación por los hechos que originaron este y otros procesos similares.

"3. La falla del servicio.

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

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

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

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

"c) Que el Ministro de Defensa Miguel Vega Uribe al intervenir ante el Congreso manifestó: "El día 16 de octubre el Comando General de las Fuerzas Militares recibió por carta un anónimo que decía (acá tengo el original); El M-19 planea tomarse el edificio de la Corte Suprema de Justicia el jueves 17 de octubre, cuando los magistrados estén reunidos, tomándolos como rehenes al estilo Embajada de Santo Domingo; harán fuertes exigencias al Gobierno sobre diferentes aspectos, entre ellos el tratado de extradición. Este es el anónimo que llegó". (Las Fuerzas Armadas de Colombia y la defensa de las instituciones democráticas, página 55. Folio 98 c.3). En el transcurso de su intervención afirmó luego que el mismo día que llegó el anónimo, la Dirección de Inteligencia del Ejército "comunicó que existían indicios e informaciones de que el M-19 "pretendía

apoderarse del Edificio de la Corte Suprema de Justicia...como consecuencia de lo anterior, el Departamento de Policía Bogotá reforzó la vigilancia del edificio y la protección de las personas que tenían ya seguridad...Ese mismo día 23 de octubre, mediante un 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 vió invadido en número múltiple por unidades del DAS, del Ejército y de la Policía. Pero curiosamente en la última semana esa vigilancia se redujo al mínimo, a tal punto que el seis de noviembre de ese año, hacía 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...y unos oficiales de la policía con el fin de discutir el plan que las fuerzas militares habían elaborado para la seguridad tanto de los Magistrados de la Corte y del Consejo como de la edificación misma...Se nos presentó un plan bastante ambicioso, estudiado y completo... En esa misma reunión los señores oficiales informaron que los organismos de inteligencia de las fuerzas militares habían detectado días antes un plan terrorista orientado a la toma del Palacio de Justicia por el M-19; y que a eso precisamente, se debían las medidas que con urgencia había que tomar... Efectivamente con anterioridad a la visita del Presidente francés se aumentó considerablemente el número de funcionarios de la policía, agentes y oficiales encargados de la vigilancia y se empezó a controlar estrictamente el ingreso al Palacio; esto se hizo hasta unos dos o tres días antes de los sucesos trágicos. El martes 5 de noviembre después del festivo del 4, el Palacio amaneció solo, con la escasa vigilancia privada que teníamos de tiempo atrás...No tuve en esos días ninguna información hablada o escrita, relacionada con el retiro de la fuerza pública, ni recibí ninguna explicación por parte de las fuerzas de policía y menos por parte del señor Presidente de la Corte...no recibí llamada ni del Ministerio de Justicia ni de organismo militar en la que se me comunicara la disminución o el retiro de la vigilancia policiva...Reitero que el servicio policivo no se suspendió por petición de algún miembro de la Corte o del Consejo y menos por los que teníamos en ese momento la vocería de las Corporaciones, el doctor Reyes Echandía y yo...Ni yo di la orden de retiro del servicio policivo ni el doctor Reyes Echandía pudo hacerlo, dadas las conversaciones previas que habíamos tenido... Estábamos demasiado compenetrados con el deber que teníamos y no podíamos dejar a los funcionarios sin protección, bien por capricho nuestro o bien por intransigencia de uno o dos compañeros. Además tuve información que en ese puente anterior a la toma del Palacio, ni siquiera estaba el doctor Reyes en la ciudad. Creo recordar que estaba en Bucaramanga" (fls. 226 a 233 c.3)

"De igual manera está acreditada en el proceso la forma como el Gobierno Nacional reaccionó ante la ocupación del Palacio de Justicia por parte del movimiento guerrillero M-19. Sin obedecer a un operativo estratégicamente estudiado y analizado, sin medir las múltiples y graves consecuencias que de todo orden podían derivarse no solo para el propio Estado colombiano, sino para las

instituciones judiciales amenazadas, haciendo caso omiso de la vida e integridad de quienes sin ser protagonistas de violencia quedaron encerrados en la edificación ocupada, sin atender las llamadas angustiosas del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Alfonso Reyes Echandía, quien solicitaba con suficiencia de motivos un cese al fuego, el Gobierno Nacional, con el Presidente de la República a la cabeza no prestó atención oportuna y adecuada a tan angustioso llamado. La única respuesta en la práctica fueron más disparos, más violencia, más agresión, que solo dejarían más muertos entre los guerrilleros y quienes no lo eran, más desolación, más resentimientos, y sobre todo el sabor amargo de saber que la violencia militar había prevalecido sobre el respeto que constitucionalmente la fuerza pública le debía a los jueces y a sus colaboradores, quienes sin otras armas que su dignidad y sabiduría jurídica, se hallaron a tan mala hora en el Palacio de Justicia.

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

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

"Sí 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, 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 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 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 misino 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, en ejercicio de su cargo, situación que corresponde a lo previsto en el inciso tercero del artículo 251 del C. de P.C.

"4. El daño.

"Junto con la falla del servicio, cuya demostración la Sala ha dejado bien establecida, se encuentra igualmente acreditado en el proceso el segundo elemento estructural de la responsabilidad patrimonial como lo es el daño. Sin lugar a dudas, surge del informativo, debidamente probado, que como consecuencia de los hechos narrados en la demanda, falleció el señor José Eduardo Medina Garavito, esposo y progenitor de los demandantes., a quienes se deben reconocer los perjuicios morales y materiales a que conforme a la ley y a la jurisprudencia haya lugar.

"Con respecto a los perjuicios morales encuentra la Sala que se dan las condiciones necesarias para reconocerle a la esposa e hijos del occiso la compensación correspondiente. Su calidad de cónyuge e hijos de la víctima, debidamente acreditada, permite presumir que la muerte de José Eduardo Medina Garavito les trajo angustia, aflicción y afectación moral de todo orden, sentimientos éstos acentuados por la forma y circunstancias en que se produjo su deceso. Consecuente con lo anterior, resultó acertado el reconocimiento que en el

equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes dispuso el juzgador de primera instancia.

"Cabe precisar, en esta parte de la sentencia, lo relacionado con los cuestionamientos formulados por el impugnante en relación con la llamada indemnización "a forfait", y lo dispuesto en la Ley 126 de 1.985, mediante la cual "se crea una pensión vitalicia de condiciones especiales en la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público", para los funcionarios que murieron "como consecuencia de homicidio voluntario, durante el desempeño de su cargo y sin haber cumplido el tiempo de servicio requerido por la Ley para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. . . ", norma que igualmente se dispuso aplicar "a los beneficiarios de los miembros de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público que hubieren fallecido como consecuencia del asalto iniciado el seis de noviembre del presente año, contra el Palacio de Justicia".

"De otra parte y con el mismo sentido crítico hace alusión el apelante a los Decretos 3270 del 9 de noviembre de 1.985 "Por el cual se autoriza el pago de unas gratificaciones", 3381 del 22 de noviembre del mismo año, modificatorio del anterior y 3274 del 11 del mismo mes y año, por el cual el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia asumió los costos ocasionados por la atención médica y hospitalaria de las víctimas del Palacio de Justicia de Bogotá, así como los gastos generados por la inhumación de quienes allí fallecieron.

"Sin que expresamente lo manifieste el apoderado de la parte demandada, porque no lo hace, deduce la Sala, por la cita de las normas mencionadas y de las providencias cuyos apartes transcribe, que el recurrente plantea una incompatibilidad entre los reconocimientos establecidos en la ley y decretos relacionados, frente a los reconocimientos indemnizatorios que del ejercicio de la acción de reparación directa puedan surgir en favor de los demandantes.

"Sobre este particular, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones y ha fincado el concepto de que en tratándose de indemnizaciones resultantes de fallas del servicio, hay lugar al reconocimiento y pago no solo de los valores derivados de la relación laboral-prestacional de la víctima, sino también de los originados en la indemnización que por el ejercicio de la acción resarcitoria pueda obtener, sin hacer descuento alguno entre las sumas reconocidas, las cuales, por el contrario, pueden acumularse. Se ha tomado como razón diferencial entre uno y otro reconocimiento, el origen de cada uno, de orden laboral el pensional, en tanto que el indemnizatorio proviene del daño ocasionado. De otra parte, también se ha considerado que descontar el valor de las pensiones no

resulta equitativo, por cuanto con ello saldría beneficiada la administración responsable, la que al efectuar el pago que las leyes laborales le imponen, viene a quedar eximida, en todo o en parte, de la obligación indemnizatoria del daño ocasionado por la acción u omisión en que haya incurrido.

"Conviene recordar cómo en sentencia de 30 de octubre de 1.989, expediente 5275, con ponencia del señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, se precisó: "La Sala ha venido ordenando, sin una adecuada precisión, el descuento de las prestaciones sociales y de las indemnizaciones de tipo laboral; olvidando que éstas tienen como causa una relación jurídica distinta al motivo que respalda la indemnización de perjuicios extracontractuales que obedece a una normatividad diferente. Por lo tanto, teniendo en cuenta las causalidades propias de unas y otras, las dos indemnizaciones son compatibles y por lo tanto el reconocimiento deberá ser pleno". En similar sentido se recuerdan las providencias de 6 de abril de 1.990 (Exp. No. 5070), junio 8 de 1.990 (Exp. No. 5814), 28 de septiembre de 1.990 (Exp. No. 5926), 22 de octubre de 1.990 (Exp. No. 6091), 15 de noviembre de 1.990 (Exp. No. 5990), 25 de septiembre de 1.992 (Exp. No. 6945), 13 de noviembre de 1.992 (Exp. No. 4374) y del 13 de septiembre de 1.991, Expediente No. 6253, actor: Mélida Inés Domínguez de Medina, donde con ponencia del señor Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo, en lo pertinente se expresó: "Siguiendo la reiterada jurisprudencia de la corporación, en casos como éste el agente o sus damnificados tienen derecho a la indemnización total y no solo a la especial "a forfait" o predeterminadas por las leyes laborales que rigen a la institución...En este orden de ideas, las prestaciones reconocidas a la señora., cónyuge supérstite, y a sus hijos,...no podrán descontarse de la indemnización que aquí se reconocerá, **porque aquellas tienen su causa en la ley (dec. 2063 de 1.984) en virtud del vínculo jurídico que ligaba al agente fallecido con la entidad obligada a su pago y de ninguna manera en la falla del servicio que se dejó analizada atrás....En otras palabras, con el pago de esas prestaciones no se estaba indemnizando a los damnificados, sino que simplemente se les estaba reconociendo unos derechos sociales creados por la ley....En estas condiciones, como lo ha dicho la doctrina, es admisible el cúmulo de indemnización"** (La Sala ha destacado).

"Ahora bien, del análisis desprevenido de las normas citadas por el apoderado de la demandada, es dable inferir que las mismas son de contenido eminentemente laboral, ya se miren desde el punto de vista de una "pensión vitalicia" o bien como una simple "gratificación" (?). Una y otra resultan de la vinculación laboral que las víctimas hubieran tenido con la Rama Jurisdiccional y Ministerio Público en el primer caso, o con esas mismas dependencias y los Departamentos

Administrativos y Establecimientos Públicos en el caso de la gratificación. Por consiguiente, dado el origen legal y laboral de aquellas pensiones y gratificaciones, antes que resarcitorio, resultan, por lo mismo, acumulables con los reconocimientos indemnizatorios que en este proceso puedan producirse.

"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. En este punto, la demandada ha manifestado que dicho nexo causal no se dá, por cuanto las víctimas del Palacio de Justicia no fallecieron por culpa del Estado Colombiano. No se probó siquiera, afirma el impugnante, que los magistrados, funcionarios o civiles desaparecidos, fallecieron como consecuencia de la acción de las Fuerzas Armadas, "mucho menos resulta jurídico sostener que su muerte fue producida de manera indirecta, por la reacción de las Fuerzas Militares a la toma guerrillera".

"Para la Sala resulta equivocado el criterio de la parte recurrente y así lo considera por cuanto es incontrovertible 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, otras seguramente hubieran sido las consecuencias, no solo con respecto a los guerrilleros ocupantes, sino, especialmente, con relación a las víctimas civiles fallecidas en tan cruento y absurdo episodio.

"Es cierto que el hecho del tercero, constituye causal exonerativa de responsabilidad estatal, en tanto que ese tercero no dependa de la propia administración y además que el hecho aludido sea causa exclusiva o determinante del daño. En el caso bajo estudio considera la Sala que fue decisiva la contribución de las autoridades gubernamentales a la ocurrencia del daño, por causa precisamente de la falla del servicio anteriormente establecida. Fueron tales autoridades quienes con su negligente y omisiva conducta dieron lugar, o por lo menos facilitaron, la ocupación del Palacio de Justicia, pues conociendo de antemano que existían amenazas no solo contra la vida e integridad de los magistrados, sino de ocupación por parte del M-19 de la edificación, a pesar de estar en capacidad de evitar la anunciada toma, ninguna medida preventiva ordinaria tomaron, mucho menos extraordinaria, como lo exigía la situación. Esa contribución estatal traducida en la falla del servicio que le permitió al M-19 tomarse el Palacio de Justicia es la que hace recaer la responsabilidad

exclusivamente sobre la Nación y desautoriza la eximente alegada como medio de interrumpir o romper el nexo de causalidad entre la falla de la administración y el daño ocasionado. Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía de ser, en el subjudice, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que sí estaba en condiciones de preverlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo, y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida.

"En 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 éste y aquélla, resultaba no solo pertinente, sino procesalmente imperativa la declaratoria de responsabilidad que hizo el juzgador de primera instancia.

"Ahora bien, dada la referencia que se hizo en el fallo apelado al artículo 90 de la Constitución Política vigente y el cuestionamiento que el recurrente formula por estimar que se le dió una aplicación retroactiva a la norma constitucional, la Sala encuentra necesario hacer algunas precisiones al respecto. La primera de ellas consiste en que no se trata de que el a quo haya dado aplicación retroactiva a la Constitución Política de 1.991 como se dice por el impugnante. De ninguna manera. El Tribunal al hacer referencia al último estatuto constitucional

simplemente expresó que a partir del 6 de julio de 1.991 la responsabilidad del Estado fue expresamente consagrada en el texto constitucional. Esa alusión al artículo 90 mal podría entenderse como una aplicación retroactiva. El afirmar que en la nueva norma se consagró constitucionalmente la responsabilidad patrimonial del Estado, no implica su aplicación retroactiva, en razón a que con anterioridad a su vigencia también las normas constitucionales, especialmente el artículo 16 de la Carta Fundamental habían servido a la jurisprudencia para elaborar la teoría de la responsabilidad estatal por falla del servicio. De otra parte, no puede olvidarse que el manejo jurídico del caso examinado lo orientó el Tribunal por el régimen de responsabilidad administrativa basado en la tesis de la falla del servicio.

Consecuente la Sala con la declaración de responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa, se procede entonces a liquidar el monto de los perjuicios morales y materiales ocasionados a la demandante.

Con respecto a los morales, como anteriormente se anotó, el reconocimiento por el a quo en favor de la progenitora del occiso en cuantía equivalente a 1.000 gramos oro, habrá de mantenerse.

En relación con los perjuicios materiales, cuya cuantificación cuestiona la parte actora, considera la Sala que efectivamente han debido liquidarse conforme al periodo probable de vida que de acuerdo con la tabla de mortalidad que obra en el proceso le pueda corresponder a la señora demandante. Por consiguiente, para mayor claridad, se procederá a efectuar todo el procedimiento liquidatorio de los perjuicios materiales, los cuales se liquidarán con base en el salario devengado por José Gerardo Malaver, que para la fecha de su muerte correspondía a \$28.683.80 mensuales, de los cuales se deducirá un 25% que supuestamente dedicaba para sus gastos personales la víctima. El 75% restante se dividirá, según decisión del Tribunal, no protestada por la parte actora, así: la mitad para la cónyuge del occiso, y la otra mitad, por partes iguales entre sus dos hijos y la madre, correspondiéndole a esta última la cantidad de \$3.585.52.. Los valores correspondientes se actualizarán conforme a los índices de precios al consumidor vigentes en noviembre de 1.985 y enero de 1.995, siguiendo los procedimientos ordinariamente utilizados por la Sala.

Para efectuar la liquidación, procede la Sala previamente a actualizar el valor del ingreso mensual correspondiente para la demandante (\$3.585.52), con base en los índices de precios al consumidor vigentes en noviembre de 1985 (51.89) y en enero de 1.995 (398.24), según información suministrada por el DANE. Se aplica la fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

$$V_p = \$3.585.52 \frac{398.24}{51.89} = 27.517.77$$

Indemnización debida.

Comprende desde la fecha de los hechos hasta la sentencia, es decir, 110.4 meses.

Se utiliza la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = 27.517.77 \frac{(1+0.004867)^{110.4} - 1}{0.004867} = \$4.009.665.10$$

Indemnización futura.

El periodo indemnizatorio comprende desde la fecha de esta sentencia, hasta el cumplimiento del término de vida probable de la demandante, que dada su edad, le corresponde un plazo de supervivencia de 3.85 años o 46.2 meses.

$$\text{Se utiliza la fórmula: } S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

$$S = 27.517.77 \frac{(1+0.004867)^{46.2} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{46.2}} = \$1.136.062.76$$

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMANSE los ordinales Primero, Segundo y Cuarto de la sentencia apelada, esto es la de 10 de marzo de 1994, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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

Tercero.- Como consecuencia de lo anterior, condénase a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional a pagar a la señora MARIA DE JESUS MALAVER DE TOVAR, la suma de CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS VEINTISIETE PESOS CON 86/100 (\$5.145.727.86) Moneda legal por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante; y una suma equivalente a MIL GRAMOS (1.000 Gramos) DE ORO PURO, de acuerdo con el precio interno del oro que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirán copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, al Ministerio Público y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las cuales se entregarán a los respectivos apoderados, con las observaciones pertinentes del artículo 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diecinueve (19) de enero de mil novecientos noventa y cinco.

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ
Presidente de la Sala

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

JAVIER DÍAZ BUENO
Conjuez

JAIME ENRIQUE SANZ ÁLVAREZ
Conjuez

LOLA ELISA BENAVIDES LÓPEZ
Secretaria