

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / TOMA DEL PALACIO DE JUSTICIA / DESAPARICIÓN FORZADA - Administrador encargado de cafetería / FALLA DEL SERVICIO – Reiteración jurisprudencial

“[C]oncluye la Sala, con pleno convencimiento, que en el subjuice sí se presentó una falla del servicio por parte de la fuerza pública encargada de procurar la vigilancia de los Magistrados y Consejeros, así como del propio Palacio de Justicia y de quienes allí por una u otra razón se encontraban laborando. Hubo falla del servicio por cuanto a pesar de que, como se estableció, se conocían las amenazas contra los funcionarios judiciales y la intención de ocupar el Palacio de Justicia, la acción gubernamental en tal sentido no funcionó adecuadamente. Si bien se proyectaron medidas de seguridad, lo cierto es que las mismas quedaron apenas en el papel y allí todavía se encuentran en el informe rendido sobre el particular.” (...) A causa del rígido control de la fuerza pública, según informe especial del Tribunal, los llamados desaparecidos o fueron enterrados sin identificación en fosa común o quedaron en poder de las autoridades que controlaron la situación, la cual estaba en la obligación de devolverles sanos y salvos. En el expediente no hay prueba de esto último. Como se deduce se ha producido un daño antijurídico a los actores legitimados en este proceso.

PERJUICIOS MATERIALES – Liquidación / PRESUNCIÓN DE SALARIO MÍNIMO / DESCUENTO POR GASTOS PERSONALES - Presunción de gastos propios 25%

El señor CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ, trabajaba en la cafetería que funcionaba en el Palacio de Justicia (fl. 40), pero no se concretó cuantos eran sus ingresos por esa actividad. El a-quo acogiendo las pautas jurisprudenciales de esta Sala, tomó como renta el salario mínimo legal vigente para la época de los hechos, en aplicación a la garantía laboral consagrada en los arts. 24, 27 y 145 del C.S.T. El salario mínimo legal vigente para la época de los hechos, era de \$13.557.00, el 25% de esa cantidad lo tomaba la víctima directa para sus gastos personales y el 75% (10.167,75) para el sostenimiento de su esposa CECILIA SATURIA CABRERA DE RODRIGUEZ, e hija, ALEJANDRA RODRIGUEZ, respectivamente, esta última cantidad será actualizada, correspondiendo a cada una de las actoras partes iguales, así:

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997)

Radicación número: 11377

Actor: CECILIA CABRERA Y OTRA

Demandante: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL – FONDO ROTATORIO MINISTERIO DE JUSTICIA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de fecha agosto 17 de 1995 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

“PRIMERO: Declárase administrativamente responsable a LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA, por los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985, en los cuales desapareció CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ VERA.

“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior; condénase a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA a pagar por concepto de perjuicios materiales y morales, así:

“MATERIALES: Para la señora CECILIA SATURIA CABRERA GUERRA, la suma de CATORCE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CIENTO OCHENTA Y UN PESOS CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$14' 965.181,43).

“Para la menor ALEJANDRA RODRIGUEZ CABRERA, la suma de DIEZ MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$10'564.996,61).

“Estas sumas se actualizarán, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

“MORALES: Para CECILIA SATURIA CABRERA GUERRA y ALEJANDRA RODRIGUEZ CABRERA, el equivalente en pesos colombianos de MIL (1000) GRAMOS DE ORO para cada una, en calidad de esposa e hija, respectivamente.

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

“TERCERO: Exonérese al FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA de todo cargo.

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

“QUINTO: Si este fallo no fuere apelado consúltese con el superior.” (fls. 410 a 411 C.1)

ANTECEDENTES PROCESALES

El 5 de noviembre de 1987, por intermedio de apoderado judicial, la señora CECILIA SATURIA CABRERA GUERRA y - ALEJANDRA RODRIGUEZ CABRERA, en ejercicio de la acción de reparación directa presentaron demanda contra LA NACION - EJERCITO NACIONAL - POLICIA NACIONAL - FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, con el fin de que en sentencia definitiva sean condenados a las siguientes pretensiones:

“I. LA NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional) y FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a doña CECILIA CABRERA y su hija menor ALEJANDRA RODRIGUEZ CABRERA por la desprotección de la seguridad y posterior desaparición de su esposo y padre CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ VERA, administrador encargado de la cafetería - restaurante del Palacio de Justicia, en los hechos sucedidos los días 6 y 7 de noviembre de 1985 en la ciudad de Bogotá.

II. Que como consecuencia de la anterior declaración condene a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional) y FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, a indemnizar y pagar en forma solidaria a doña CECILIA CABRERA DE RODRIGUEZ y su hija menor ALEJANDRA RODRIGUEZ CABRERA, la totalidad de los daños y perjuicios materiales incluidos daño emergente y lucro cesante, causados por la desprotección y la desaparición de CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ VERA, en la cuantía que resulta demostrada dentro del proceso, reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga.

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

“III. Condenar a la Nación (Ministerio de Defensa, Policía Nacional) y FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, a pagar solidariamente a cada una de las demandantes, los daños y perjuicios morales en cantidad a mil gramos oro para cada - una de ellas según certificado oficial del valor del oro al tiempo de la sentencia.” (fls. 3 a 4 C.1)

Causa petendi.- El apoderado de los actores fundamenta las anteriores pretensiones en los siguientes hechos:

“I. El señor CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ VERA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19'276.179 de Bogotá, es hijo legítimo de ENRIQUE ALFONSO RODRIGUEZ y MARIA HELENA VERA, nació en Bogotá el 16 de julio de 1956, contrajo matrimonio con la señora CECILIA SATURIA CABRERA GUERRA, en la ciudad de Pasto - Nariño, el día 29 de julio de 1983, de cuyo matrimonio existe una hija, llamada ALEJANDRA nacida el 1 de octubre de 1985.

“CARLOS AUGUSTO estudió bachillerato en el instituto El Carmen de Bogotá y realizó estudios superiores de Análisis de Sistemas, de administración, contabilidad en el IPSIS y el IMPAHU respectivamente y había comenzado sus estudios de derecho en la Universidad Libre.

“Su experiencia laboral la desarrolló en la Corporación Financiera de Transporte como técnico de subsidio, técnico de cartera, analista de créditos, revisor y pagador en el Banco Ganadero sucursal principal y en la Dirección General, en cargos como mensajero de gerencia, auxiliar de contabilidad y auxiliar de mesa control departamento de sistemas.

“En enero de 1983 tomó en arriendo el Bolicentro AMOREL ubicado en la ciudad de Pasto y en noviembre de 1983 se radicó en Bogotá.

“A partir de 1984 trabajó con diferentes entidades en el cargo de asesor de finanzas como AFA, Servicios Especializados de Cobranzas, Asesores Jurídicos de Cobranzas, etc.

“En mayo de 1984 con tres socios más estableció una oficina de asesoría comercial hasta noviembre del mismo año, fecha en la cual se retiró.

“En el mes de mayo de 1985 el Doctor EFRAIN MENESES FRANCO quien tenía suscrito contrato con el FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

para la administración de la cafetería - restaurante del Palacio de Justicia, le habló al señor RODRIGUEZ y su esposa, sobre la posibilidad de cederles esa administración. En consecuencia de esa propuesta el 28 de junio de 1985 el Doctor MENESES FRANCO celebró el contrato del cual se había hablado con anterioridad con la señora CECILIA CABRERA DE RODRIGUEZ; CARLOS atendería transitoriamente la administración, pero no firmó el contrato por encontrarse pendiente de un cargo que le habían prometido y lo cual les generaría un poco mas de ingreso.

“Para la fecha en la cual CARLOS AUGUSTO y CECILIA asumieron el manejo operativo de la cafetería - restaurante del Palacio de Justicia, la situación de orden público del país era compleja y problemática y acusaba un grave peligro para la vida de los ciudadanos en general y en particular la de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros del Consejo de Estado, que venían siendo amenazados pública y notoriamente por elementos reconocidos como narcotraficantes y la de las mismas instalaciones del Palacio de Justicia, por las amenazas también públicas de parte de grupos guerrilleros, concretamente del M-19.

"Cito al respecto parte pertinente de la investigación realizada por el Tribunal Especial en el capítulo relacionado con los antecedentes de la toma del Palacio de Justicia Diario Oficial Pág. 3 del no. 37.509.

“...Amenazas de los narcotraficantes - interferencia y grabación de las comunicaciones telefónicas. Los Magistrados de la Sala Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia, desde mediados de 1985, venían recibiendo mortales amenazas que se hacían extensivas a sus familiares mas cercanos con ocasión de las providencias dictadas en los procesos instaurados, en ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 214 de la Constitución Nacional, con el fin de obtener la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 27 de 1980, “ por medio de la cual se aprueba el Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, suscrito el 14 de septiembre de 1979.

“Las amenazas se efectuaron como medio para coaccionar o intimidar a los Magistrados en la creencia de lograr el cambio de sus tesis y de sus votos, versiones testimoniales presentadas por los doctores Alfonso Patiño Roselli, Ricardo Medina Moyano y Manuel Gaona Cruz ante el Juez 71 de Instrucción Criminal Especializado dan cuenta de la acción criminal de que fueron víctimas...”

“...Amenazas de toma del Palacio de Justicia por parte del M-19 informaciones

aparecidas en algunos medios periodísticos de Bogotá dieron cuenta de la supuesta captura de personas comprometidas en un plan de asaltar el Palacio de Justicia. La captura, según la información, fue seguida de la ocupación de planos, armas, y en general de todos los elementos propios del criminal designio.

“Según las fuentes militares la noticia carecía de fundamento. No hubo las capturas, por lo tanto, los demás hechos de la información eran falsos. Por tal motivo el Ministerio de Defensa por intermedio de la oficina de Relaciones Públicas produjo una rectificación perentoria negando el descubrimiento del plan terrorista.

“Lo cierto es que, aunque los hechos básicos de la información eran falsos, un plan si existía o estaba formándose para la toma del Palacio de Justicia. Los hechos del 6 y 7 de noviembre constituyen la confirmación...” (fls. 4 a 7 C.1)

Normas violadas y conceso de violación.- Cita como normas violadas los arts. 16, 20, 21, 120 nral.8°. 121, 122 y 130 de la Constitución Nacional; Ley 5a. de 1960, Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949; Código Nacional de Policía arts. 1, 2, 3, 4, 5, 29, 30, 34, 35 y 92.

Actuaciones Procesales.- Los centros de imputación señalados fueron notificados y recorrieron el traslado limitándose a solicitar una serie de pruebas. El FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, excepciona por falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que el apoderado de la parte actora no tenía mandato para demandar a esta entidad.

El fallo del Tribunal.- El Tribunal, luego de transcribir las pretensiones, los hechos, los alegatos de las partes y el Ministerio Público, de analizar los presupuestos procesales, encuentra establecida la legitimación en la causa de los actores, y sobre los hechos señala como probado lo siguiente:

“4.- La Sala encuentra que aparecen probados suficientemente los siguientes hechos:

“4.1. Que le día 6 de noviembre (sic), CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ VERA, laboraba como Administrador de la cafetería - restaurante del Palacio de Justicia en reemplazo de su esposa CECILIA SATURIA CABRERA GUERRA, quien se encontraba para esa fecha en licencia de maternidad y que se encontraba dentro de las instalaciones.

“4.2. Que el señor Carlos Augusto Rodríguez Vera, fue incluido dentro de la lista de desaparecidos, con ocasión de los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia.

“4.3. Que el Tribunal Especial reconoció que Carlos Augusto hacía parte de los desaparecidos.

“4.4. Que desde días antes, varios funcionarios, que laboraban dentro del Palacio de Justicia habían recibido serias amenazas contra su vida y contra la edificación. De tales hechos tenían conocimiento las autoridades.

“4.5. Que el día en que se inició la toma del Palacio de Justicia, no existía vigilancia oficial.

“4.6. Que le desaparecido (sic) CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ VERA era esposo de la demandante CECILIA SATURIA CABRERA GUERRA y padre de la menor ALEJANDRA RODRIGUEZ CABRERA, y sostenía el hogar.” (fl. 396 C. 1)

Con base al informe de Tribunal Especial, creado por Decreto 3300 de 1985, que transcribe ampliamente y que más adelante se destacará, con los criterios auxiliares de las pautas jurisprudenciales de esta Sala sobre los mismos hechos, declara la responsabilidad del Estado con una conclusión: CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ VERA los días 6 y 7 de noviembre de 1985 se encontraba en el Palacio de Justicia y está en la lista de desaparecidos.

Inconforme el apoderado de la entidad demandada con la decisión del a-quo, interpuso recurso de apelación, quien en síntesis dijo:

a) La sentencia contraria el principio de la necesidad de la prueba, en la cual los jueces deben fundamentar sus decisiones, para él, no existe la prueba de la falla del servicio; el informe del Tribunal Especial es una prueba no controvertida;

b) No existe nexo causal entre la supuesta falla del servicio y la desaparición de CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ VERA;

c) La Constitución de 1991, no se aplica, retroactivamente como se hizo en este caso;

d) La actuación de la fuerza pública en el caso del Palacio de Justicia, fue un acto de soberanía;

e) En el expediente no está probado los ingresos que * tenía el señor RODRIGUEZ VERA y con los cuales ayudaba económicamente a su familia.

En oportunidad, las partes presentaron sendos alegatos de conclusión, en donde reiteran sus criterios jurídicos sostenidos durante el proceso, de la demandada, vale destacar lo siguiente:

“3. Aplicación retroactiva de la Constitución de 1991.

“En su fallo el Tribunal manifestó que falló el servicio que debía cumplir la administración, puesto que incumplió obligaciones que le imponían los artículos 1, 90 y 93 de la actual Carta Fundamental, con lo cual está condenando a la Nación por el incumplimiento de obligaciones que para el momento en que ocurrieron los hechos no habían surgido, puesto que dichas normas no existían, es decir, con la sentencia del tribunal, se le está dando una aplicación retroactiva a la Constitución de 1991.

“4. La carga de la prueba en la falla del servicio.

“En los procesos contencioso administrativos en los que se discute la responsabilidad del Estado, la parte actora es quien debe alegar y probar los elementos constitutivos de la falla de conformidad con el principio procesal de la carga de la prueba consagrado en la ley.

“En reiteradas ocasiones la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado ha señalado que quien alega la falla del servicio es quien debe probarla, en razón a que los demandantes son quienes tienen el interés jurídico de lograr en el juzgador el convencimiento sobre la plena existencia de los tres elementos estructurales de la falla del servicio, necesarios para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado, (véase las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 20 de octubre de 1987, expediente 4820 con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo; así como la del 11 de diciembre de 1992, expediente 7305 con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández).

“5. Prueba insuficiente del daño moral.

“El Tribunal condenó a la Nación a pagar 1000 gramos oro para cada una de las demandantes a título de perjuicios morales, aduciendo que estos se presumen cuando se trata de la muerte de un familiar cercano.

“Si bien es cierto que ha de presumirse que la muerte de una persona produce dolor en los familiares mas cercanos, lo que no debe permitirse es que dicha presunción recaiga también sobre la intensidad del mismo, puesto que con dicha teoría se le está quitando al juez capacidad de graduar las condenas y se cae necesariamente en fallos arbitrarios desprovistos de toda objetividad.

“En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Consejo de Estado, al respecto ver sentencia del 7 de febrero de 1989, con ponencia de Miguel González Rodríguez y el salvamento de voto del doctor Fernando Hinestrosa Forero, en el proceso 1651 del 25 de febrero de 1982.

“Además, la teoría en la que el Tribunal basó su decisión, es clara al señalar que cabe la presunción cuando se trata de la muerte de un familiar, y es claro que en este caso nos enfrentamos al desaparecimiento de Carlos Augusto Rodríguez Vera y no frente a su muerte.

“7. Falta de prueba del perjuicio material.

“La jurisprudencia ha sido clara al señalar que para que un perjuicio sea indemnizable, éste debe ser cierto, actual y directo.

En el presente proceso se condenó a la Nación al pago de los perjuicios sufridos por las demandantes por la privación de la ayuda económica que Carlos Augusto Rodríguez Vera les suministraba de manera permanente, sin que en el expediente aparezca prueba alguna acerca de los ingresos económicos de los que supuestamente se vieron privadas.

“En efecto, en la misma demanda se reconoce que el desaparecido estaba remplazando a su esposa en el trabajo y que no tenía empleo alguno del cual devengara un ingreso permanente.

“Es decir el perjuicio que se reclama no cumple con el primero de los requisitos para ser indemnizados, esto es, su certeza.

“En la sentencia impugnada, el Tribunal reconoce este hecho, pero

inexplicablemente toma como base para liquidar el salario mínimo vigente para la época de los hechos.

“Y es que la utilización del salario mínimo como base para liquidar los perjuicios materiales, sería aplicable cuando existe certeza del daño, lo que no es procedente es llenar el vacío probatorio acerca del daño mismo, mediante la aplicación de esta teoría.

“8. Falta de prueba del hecho dañoso.

“La única prueba existente en el expediente sobre la presencia del señor Carlos Augusto Rodríguez Vera en el Palacio para la fecha de los hechos es la declaración de su padre.

“En efecto, solamente el padre del desaparecido dijo que Carlos Augusto Rodríguez estaba en el lugar de los hechos, porque él había hablado por teléfono con su hijo y éste le informó que se encontraba en el Palacio.

“Pero mas adelante el señor Enrique Rodríguez señala que no pudo hablar mas con su hijo porque en la cafetería del Palacio no tenían teléfono.

“Es decir la única persona que afirma que Carlos Augusto Rodríguez se encontraba en el Palacio, es su padre, quien en el interrogatorio que lo manifestó, incurre en contradicciones como las anteriormente descritas.

“Por lo tanto no es posible considerar como lo hace el Tribunal que el hecho dañino está plenamente probado, pues no existe siquiera plena prueba de la presencia del señor Rodríguez para la fecha de los hechos.

“9. Las conclusiones establecidas por el Tribunal Especial no son pruebas dentro del proceso.

“La sentencia que por el presente escrito se solicita sea revocada, fundamenta la existencia de una falla antecedente a la toma del palacio de Justicia en las conclusiones del Informe rendido por el Tribunal Especial creado por el Gobierno para investigar los hechos ocurridos durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia. Por lo anterior consideramos importante reiterar nuestra opinión sobre su eficacia probatoria en este proceso, pues si bien estas conclusiones tienen gran importancia en materia de instrucción criminal, aspecto para el cual fue

creado no pueden ser utilizadas válidamente con medios de prueba dentro de los procesos contencioso administrativos en los que se discuta la responsabilidad de la Nación por los hechos ocurridos en el palacio de Justicia, porque se estaría violando el principio de la contradicción de la prueba, ya que ninguna de las partes, o por lo menos la Nación, nunca tuvo la oportunidad de contradecir, por intermedio de su apoderado judicial, las pruebas que le sirvieron de fundamento al Tribunal Especial para llegar a sus conclusiones.

Considerar como prueba legal en este caso el informe del Tribunal Especial, instancia ante la cual la parte demandada dentro del presente proceso no tuvo oportunidad de contradecir, significaría una peligrosa modificación de la ley procesal, en cuanto a las pruebas legales, además de un cambio en todo el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que se ha construido al respecto, y, en cuanto a los principios de la prueba, modificaría el principio de la contradicción, produciendo con esto una terrible inseguridad jurídica, que solo ayudaría a incrementar el caos social en que actualmente vive el país, situación que la rama jurisdiccional no puede aceptar, sobre todo cuando hoy en día se le ha encomendado inculcar en la conciencia nacional el respeto por las leyes y las instituciones jurídicas.

“Acorde con el Código de Procedimiento Civil, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (art. 175). 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 (art. 175). Así mismo, en virtud del principio de la inmediación el juez debe practicar personalmente las pruebas (art. 181).

“Ese Diario Oficial tampoco es una prueba documental en sí mismo, toda vez que no tiene el 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, tienen el valor de copias auténticas de los documentos públicos que en ellos se inserten (art. 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.

“Los jueces no pueden darle a una prueba el mérito de convicción que en sí misma merezca, por perfecta que intrínsecamente sea, ni aun tratándose de una escritura pública, que desde su origen es una prueba probada en cuanto a su existencia y fecha, si frente al adversario o contraparte tal prueba no se ha ajustado al trámite procesal previsto para presentarla, pedirla y decretarla. El conjunto de normas procesales relativas a las oportunidades de presentación de la prueba, de su trámite y debate entre partes, es de orden público y su cumplimiento es obligatorio tanto para ellas como para el juez, (G.J. XC No. 2211 pág. 640, col. 1a.)

“Dentro de esos principios, ha dicho la Corte que los de contradicción y publicidad son fundamentales e ineludibles para las partes frente al juez que ha de juzgar el mérito de la prueba, porque presuponen la igualdad de derechos de ellas en el litigio y la lealtad como contendientes; para ninguna existes la prueba oculta ni la que, por lo menos en principio, no sea susceptible de impugnación

Para resolver, se **CONSIDERA:**

El fallo apelado será confirmado, con algunas modificaciones en las condenas de orden económico. En esta oportunidad se reiteran las precisiones jurídicas hechas por esta Sala en fallos anteriores, sobre los mismos hechos; en sentencia de fecha 26 de enero de 1995, exp. 9471, actor, Haydee Cruz de Velásquez, con ponencia de quien proyecta este fallo, se dijo:

“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 causara a los particulares con su acción, no hay duda de que constituyó fundamento

político necesario para la implantación posterior del instituto indemnizatorio.

“Relegadas ciertas formulaciones políticas del ancien régime tales como aquella que desligaba al príncipe del orden jurídico (princeps legibus solutus est) a través del principio de 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; los anglosajones, (Inglaterra y Estado 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 recíprocas 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 suerte 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 allí 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, al origen de la teoría existen ciertas zonas de la acción estatal frente a las cuales se continuó aplicando la tesis de la irresponsabilidad, en unos casos, y, otras 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, los casos de irresponsabilidad en buena parte de los regímenes jurídicos."

Y en cuanto a los segundos, las exigencias se fueron eliminando o disminuyendo su rigurosidad, 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 del Estado patrimonialmente irresponsable; de modo que las afirmaciones de la demandada 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 noviembre de 1984, examinando la constitucionalidad del artículo 82 del Decreto Extraordinario No.01 de 1984 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 aquella permite hacer dicha diferenciación que por mayor o sea el refinamiento a 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. 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.

“C.- La falla del servicio. - En el expediente No. 8222, actor Cecilia Sierra de Medina y otros, que fue fallado el 19 de agosto de 1994 con ponencia del Consejero Daniel Suárez 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 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 Delgado Mallarino, Director General de la Policía Nacional expresa que "los Magistrados en general aceptan las medidas de seguridad que se adopten, salvo el doctor Ricardo Medina Moyano, quien no ha querido que se le de protección"; el Ministro de Gobierno se refirió a que en el Consejo Nacional de Seguridad se había convenido enviar "una carta a la Corte Suprema de Justicia en la cual se le informara sobre el conocimiento que tenía de las amenazas a algunos Magistrados de la Corte y sobre la necesidad de tomar las medidas del caso para brindarles seguridad", posición que compartió el Ministro de Justicia, quien además agregó "que tales amenazas no debían mantenerse en reserva sino darse a conocer para que no se convirtieran en una grave presión para los Magistrados y por esa razón resolvió hacerlas conocer a través de los medios de comunicación(fls. 395 y 396 c.2).

"b) Que en el Estudio de Seguridad del Palacio de Justicia elaborado por la DUIN 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 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 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, Escueta de Ingenieros, Grupo Mecanizado Rincón Quiñones, Policía Militar, Batallón Guardia Presidencial, Departamento de Policía Bogotá, vehículos Cascabel y Urutú, pistolas, revólveres, fusiles y ametralladoras de diferentes calibres, granadas de fragmentación y cañón, subametralladoras, bombas Kleimer, minas, dinamita, explosivos plásticos, personal y armamento que fueron utilizados precipitadamente, con desconocimiento absoluto de quienes indefensos se encontraron en medio de la violencia, afectándolos por igual, lastimados inmisericordemente y sin diferenciación alguna por las armas de la subversión, o por las de quienes constitucionalmente, de manera paradójica, estaban obligados a protegerlos en su vida e integridad. Lamentablemente, antes que la defensa de las instituciones, lo que se dio

fue un exceso en el uso del poder y un desconocimiento de los fines del Estado, los que le impidieron prever al Gobierno Nacional, las dolorosas consecuencias que traería para Colombia y para sus gentes el sacrificio ilegítimo y precipitado no solo de algunos de los más caracterizados y notables exponentes de la justicia colombiana, sino de los demás funcionarios y ciudadanos que ajenos a la contienda, sin embargo, en medio de la misma encontraron la muerte.

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

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

"El conocimiento pleno y anticipado que de las amenazas tenían las

autoridades, la dignidad e investidura de quienes directamente eran los más amenazados, hacen más ostensible y, por supuesto, de mayor entidad la falla del servicio, por omisión.

"Pero no solo se trata de la falla antes anotada. También obró equivocadamente la fuerza pública al intentar la recuperación del Palacio de Justicia, operativo que se caracterizó por la desorganización, la improvisación, el desorden y anarquía de las Fuerzas Armadas que intervinieron, la ausencia de voluntad para rescatar sanos y salvos a los rehenes, todo esto con el desconocimiento absoluto de los más elementales Derechos Humanos y principios básicos del Derecho de Gentes. Con razón el Procurador Primero Delegado ante la Corporación, 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 obligacional enunciado por el Artículo 3 común....En síntesis, tanto por los Convenios de Ginebra, incorporados positivamente al derecho interno, como por los Protocolos I y II adicionales a aquellos, los civiles no combatientes que se encontraban en el Palacio de Justicia tenían un derecho cierto e indiscutible a un trato humano. Agrega más adelante el señor Procurador Primero Delegado, "que por la vía del artículo 121 de la Constitución de 1.886 se imponía al Estado, incluso en operancia de los estados de excepción, el respeto del derecho de gentes". (Lo destacado es de la Sala). Deduce lo anterior del criterio expresado en la ponencia para segundo debate en el Senado, de la Reforma Constitucional de 1.968, donde se expresó que las reglas y principios contenidos en convenios y tratados internacionales los cuales ha suscrito Colombia " si bien implican poderes sobre las personas y las cosas, suponen también y, esencialmente, limitación en la conducción de las acciones bélicas, pues se han establecido para ello y en guarda de la dignidad de la persona humana, y con el propósito de eliminar la barbarie en los conflictos armados..." Lo anterior permite concluir, con el citado funcionario "que el operativo militar fue excesivo e inhumano en tanto no se preocupó por salvaguardar la vida de los rehenes, y que violó las normas internacionales existentes sobre el Derecho de Gentes - no debe olvidarse que al interior del denominado Derecho de Guerra también existe una

filosofía ética que exige el respeto a la dignidad humana- y, por tanto, constituyó una falla del servicio por la cual la Nación colombiana debe responder patrimonialmente”.

"No comparte la Sala las apreciaciones del apoderado de la parte demandada, en cuanto pretende desconocer que procesalmente la falla del servicio se encuentra debidamente acreditada. Las consideraciones precedentes surgieron de una suficiente evidencia probatoria que el juzgador encuentra bastante para tener por demostrada la falla del servicio, sin necesidad, inclusive, de acudir al régimen de responsabilidad por falla presunta y la consecuente inversión de la carga de la prueba. Es por lo anterior que la Sala, contra el razonamiento del impugnante, estima que en el subjudice sí se le ha dado perfecta aplicación al precepto del artículo 174 del C. de P.C., conforme al cual "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso".

"Precisamente, con relación al aspecto probatorio del proceso, la 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.O. 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 tomo al valor probatorio asignado a las conclusiones del Tribunal Especial. De una parte, su calidad de documento público mal podría desconocerse cuando sus autores fueron funcionarios públicos especialmente designados por el Gobierno Nacional para investigar oficialmente lo sucedido en el Palacio de Justicia y al emitirlo cumplían una función pública y lo hacían, desde luego, en ejercicio de su cargo, situación 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 acerca de la gravedad de las amenazas que pesaban sobre 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 servían 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 por 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 debían 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 subsistiera.

“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 la obligación estatal (fls. 319 del C.3), es una explicación que oscila 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 por los testimonios de magistrados y consejeros y, por sobre todo, por las afirmaciones del entonces Presidente del Consejo de Estado, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, quien 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 se presenta luego bajo un panorama de

defensa de las instituciones de la República; / valdría la pena preguntar si la rama judicial estaba excluida de éste 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 e impropia con que las Fuerzas Armadas reprimieron la toma del Palacio de Justicia, dejando en el juzgador la triste sensación de la insignificancia que tuvo la vida de las víctimas en la refriega, para quienes las peticiones, los ruegos, los lamentos, resultaron infructuosos.

“Se arrasó a los captores cuya injustificable necesidad, 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 once 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 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 termina aún.

“La atropellada cadena de circunstancias, dolorosas unas, escandalosas otras, gravísimas todas, que presenció la ciudadanía, ha impedido que se evalúen 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 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.” (págs. 38 a 55)

En cuanto a los cuestionamientos de las entidades demandadas en relación con el nexo causal, la Sala reitera lo dicho en la oportunidad señalada:

“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 da, 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 si estaba en condiciones de preverlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo, y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida.

"En tomo del tema analizado, cabe recordar el fallo de 24 de agosto de 1.989, expediente 5693, del cual 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 dio 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 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." (págs. 58 a 61)

CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ, estaba en el Palacio de Justicia el día de los hechos probablemente allí murió y no fue identificado o fue desaparecido. Vale la pena resaltar en lo pertinente la conclusión del Tribunal Especial creado por el Decreto 3300/85:

“Los desaparecidos.

"Dos grupos bien definidos existen que pueden ser cobijados bajo esta denominación.

“El primero está integrado por los empleados de la cafetería una visitante habitual del Palacio la doctora Gloria Anzola de Lanao, y dos visitantes ocasionales, doña Norma Constanza Esguerra, proveedora de pasteles y tortas de la cafetería, y doña Lucy Amparo Oviedo de quien sus familiares informan que luego de una visita al Tribunal Superior del Distrito, planeaba encontrarse con su paisano el Doctor Alfonso Reyes Echandía, para solicitar su intercesión ante quien tramitaba su aspiración de conseguir empleo en la rama jurisdiccional.

“El segundo grupo lo forman los guerrilleros que lograron salir con vida del Palacio de Justicia cuando se produjo la recuperación por las Fuerzas Militares, de quienes se ha perdido toda huella: se tiene por ahora la plena identificación de Irma Franco Pineda y de Clara Enciso.

“Tratemos el caso del primer grupo:

“Los trabajadores de la cafetería eran: Carlos Augusto Rodríguez, Administrador, Cristina del Pilar Guarín Cortés, Cajera Interina; el Chef David Suspes Celis, Luz Mery Portela León, Ana Rosa Castiblanco, Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Jaime Beltrán y Gloria Stella Lizarazo.

“La cafetería funcionaba normalmente y es de presumir que los empleados se preparaban para atender a la clientela que habitualmente tomaba allí su almuerzo.

“NORMA CONSTANZA ESGUERRA llegó a esa hora para cumplir sus compromisos, acompañada de una prima suya, minusválida, de nombre Amparo Peña, quien permaneció esperándola dentro de su automóvil estacionado frente a la Catedral por la carrera 7a. en la acera occidental.

“Ha sido imposible encontrar a estas personas vivas o muertas. De ahí su denominación de desaparecidos.” (fl. 26 del Diario Oficial) (Las subrayas no son del texto)

El informe del Tribunal como documento público merece toda la credibilidad, en la forma como se indicó en el fallo destacado.

A causa del rígido control de la fuerza pública, según informe especial del Tribunal, los llamados desaparecidos o fueron enterrados sin identificación en fosa común o quedaron en poder de las autoridades que controlaron la situación, la cual estaba en la obligación de devolverles sanos y salvos. En el expediente no hay prueba de esto último. Como se deduce se ha producido un daño antijurídico a los actores legitimados en este proceso.

Perjuicios Morales. - CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ, contrajo matrimonio por la iglesia católica con CECILIA SATURIA CABRERA, de cuya unión procrearon a ALEJANDRA RODRIGUEZ CABRERA, el a-quo presumió el dolor y a su arbitrio los compensó en la cantidad destacada al inicio.

La Sala no encuentra prueba que desvirtúe el dolor presumido por el a-quo total o parcialmente.

Perjuicios Materiales. - El señor CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ, trabajaba en la cafetería que funcionaba en el Palacio de Justicia (fl. 40), pero no se concretó cuantos eran sus ingresos por esa actividad. El a-quo acogiendo las pautas jurisprudenciales de esta Sala, tomó como renta el salario mínimo legal vigente para la época de los hechos, en aplicación a la garantía laboral consagrada en los arts. 24, 27 y 145 del C.S.T.

El salario mínimo legal vigente para la época de los hechos, era de \$13.557.00, el 25% de esa cantidad lo tomaba la víctima directa para sus gastos personales y el 75% (10.167,75) para el sostenimiento de su esposa CECILIA SATURIA CABRERA DE RODRIGUEZ, e hija, ALEJANDRA RODRIGUEZ, respectivamente, esta última cantidad será actualizada, correspondiendo a cada una de las actoras partes iguales, así:

$$V.P = Vh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$V.P.= 10.167.75 \frac{643,90}{51,89}$$

$$V.P.= \frac{126.171}{2} = 63.085,50$$

Indemnización por perjuicios materiales para CECILIA SATURIA CABRERA GUERRA.

La indemnización por perjuicios materiales tendrá dos períodos uno vencido y otro futuro, en el primero se empleará la fórmula:

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

En la segunda:

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

Donde:

Ra= renta actualizada

n = en el primer caso corresponde el período, entre la fecha de los hechos y la de este fallo; en la segunda fórmula será la vida probable de la víctima directa menos el período de la indemnización debida.

i= 0.004867

$$S = 63.085,50 \frac{(1 + 0.004867)^{14023} - 1}{0.004867}$$

S= \$12'644.893,12

Indemnización futura:

$$If = 63.085,50 \frac{(1 + 0.004867)^{394\ 01} - 1}{0.004867(1 + 0.004867)^{394\ 01}}$$

If= 11'048.225,59

Total indemnización =23'693.118,59

Indemnización por perjuicios materiales para ALEJANDRA RODRIGUEZ CABRERA:

Indemnización vencida = \$12'644.893,42

Indemnización futura:

n= En este caso será igual al período comprendido entre la fecha de esta sentencia y el 1 de octubre del 2.003, fecha en la cual cumplirá la edad de 18 años. Para entonces, la actora se podrá sostener por sí misma.

$$If = 63.085,50 \frac{(1 + 0.004867)^{75,76} - 1}{0.004867(1 + 0.004867)^{75,76}}$$

If= 3'989.212, 92

Total indemnización = \$16'634.106,35

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICASE la sentencia apelada de fecha agosto 17 de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

- 1) DECLARASE administrativamente responsable a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA por hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985, en los cuales desapareció CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ VERA.
- 2) Como consecuencia de la declaración anterior CONDENASE a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA a pagar:
 - a) Por concepto de perjuicios morales el equivalente en pesos colombianos de mil (1.000) gramos oro para cada una de las actrices: CECILIA SATURIA CABRERA GUERRA y ALEJANDRA RODRIGUEZ CABRERA.

El Banco de la República certificará el valor del gramo de oro a la ejecutoria de esta sentencia.

- b) Por concepto de perjuicios materiales, la suma de VEINTITRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CIENTO DIEZ Y OCHO PESOS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTAVOS M/CTE (\$23.693.118,59) para CECILIA SATURIA CABRERA ESGUERRA y para ALEJANDRA RODRIGUEZ CABRERA, la suma de DIECISÉIS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCO PESOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS M/CTE (\$16'634.105,35).

TERCERO: Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a

las partes. Téngase en cuenta lo previsto en el artículo 37 del Decreto 359 de 1995. La copia de la parte actora se le entregará a su apoderado que haya venido actuando.

CUARTO: Un vez ejecutoriado, devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Ausente con excusa

RICARDO HOYOS DUQUE

Ausente con excusa

DANIEL MANRIQUE GUZMAN

Conjuez

LOLA ELISA BENAVIDEZ LOPEZ

Secretaria