



Sentencia 06832 de 2005 Consejo de Estado

ACCION DE TUTELA - Improcedencia

SEPARACION ABSOLUTA DE LAS FUERZAS MILITARES - Anula los actos que impusieron esta sanción porque las actuaciones del comandante del operativo militar, desplazado con ocasión de la toma del Palacio de Justicia, se ajustó a la legalidad y a los reglamentos militares / PROCESO DISCIPLINARIO - Normas aplicables a las Fuerzas Militares. Ejercicio de la potestad disciplinaria prevalente de la Procuraduría General de la Nación / PRESCRIPCION DE LA ACCION DISCIPLINARIA - No configuración, pues se aplican las normas ordinarias y no las especiales de las Fuerzas Militares. El acto de ejecución de la sanción no tiene incidencia alguna para la prescripción / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - No vulneración porque fue formulado el respectivo pliego de cargos / DESVIACION DE PODER - Inexistencia

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en señalar que la facultad de vigilancia de la conducta oficial, que, por norma constitucional, compete a la Procuraduría, prevalece sobre el ejercicio de la facultad disciplinaria que ostentan las demás entidades públicas, por lo cual cuando dicha entidad avoca el conocimiento de las diligencias disciplinarias, cualquiera sea el asunto, desplaza la investigación que por los mismos hechos se esté adelantando. Y cuando la Procuraduría asume la función de investigación, debe estarse al procedimiento que le es propio, es decir, al de la Ley 25 de 1974. Es claro que en cuanto a las faltas y a las sanciones deben aplicarse las previstas en el régimen especial que gobierna al encartado, como sucedió en el caso objeto de examen. Como se observa del cotejo de fechas, la sanción fue impuesta dentro del término de 5 años contados a partir de los sucesos del 5 y 6 de noviembre de 1985, fecha ésta en que se adelantó el operativo militar al mando del encartado con ocasión de la toma del palacio de justicia por militantes del M-19. No se presenta pues la prescripción de la acción disciplinaria, como dijo el Tribunal. Y si bien es cierto que el acto de ejecución se profirió mediante el Decreto No. 731 del 7 de abril de 1994 expedido por el Presidente de la República, tal hecho no afecta en nada la medida sancionatoria ni tiene incidencia alguna en los términos previstos para la prescripción, pues es sabido que la actuación disciplinaria culmina con el acto mediante el cual la entidad revestida de poder, como en este caso la Procuraduría, impone la sanción pertinente de solicitud de destitución. Tal situación queda definida en casos como el que ocupa la Sala, con la decisión de la Procuraduría General de la Nación. Lo anterior impone estudiar los demás cargos endilgados por el demandante, de los cuales se relevó el Tribunal, dado el enfoque que le dio al examen del proceso. Violación del debido proceso: Para la Sala el documento que obra en el cuaderno 2 del expediente sí constituye un verdadero pliego de cargos, habida cuenta que en él la Procuraduría, después de describir sucintamente los hechos acaecidos los días 6 y 7 de noviembre de 1985, le precisa los cargos en que pudo haber incurrido, así como las normas que con su actuar infringió, como se transcribió en párrafos antecedentes. En fin, de la citada respuesta sólo puede colegirse que ésta contestaba cada una de las acusaciones que se le endilgaron al disciplinado. Desvío de poder: Para la Sala resulta creíble lo relatado por el testigo, pues su dicho es corroborado por la prueba documental del expediente que demuestra que efectivamente el señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares fue declarado insubsistente del cargo antes de que se profiriera la sanción, la cual, por cierto, fue impuesta por otro funcionario que fungía en ese entonces de Procurador Delegado, quien no denunció presión alguna para llegar a la decisión sancionatoria. En ese orden, no puede tener vocación de prosperidad el cargo de desvío de poder. Falsa motivación - Falta de tipicidad de la sanción: Fundamenta esta censura el demandante, de una parte, porque los hechos aducidos por la Procuraduría Delegada para arribar a la conclusión que había infringido los artículos 19 y 71 del decreto 1776 de 1979, fueron amañados y contrarios a la realidad, y de otra, que la medida sancionatoria no guarda proporcionalidad con las presuntas faltas contra la disciplina, al no haberse calificado la falta y dosificado la pena. Como se desprende del relato de los diferentes oficiales que participaron en la recuperación del Palacio de Justicia, existió un planeamiento conjunto de la operación, con un manejo centralizado; se estudiaron, una vez ocurrió la toma guerrillera, los puntos críticos y se procedió como lo ordenan los manuales, a sectorizar el área; se contó, además, con el apoyo de otras unidades. Tales declaraciones que son uniformes y contestes desde el punto de vista de la actividad militar, rebaten palmariamente la censura del organismo de control, de encontrar la actuación del Ejército en la recuperación del edificio, como algo "peculiar". Pues por el contrario, la neutralización por parte del Ejército contra la fuerza insurgente que se había tomado violentamente el Palacio, estuvo enmarcada dentro de lo que le dictaban los reglamentos militares de operación. Se trató pues de un combate iniciado por el M-19, que el Ejército tenía la obligación de repeler. No puede pues tener censura la actuación del encartado, como Comandante de la Operación, al repeler tan atroz ataque. Por lo anteriormente reseñado, no puede menos la Sala que inferir que la actuación del demandante estuvo enmarcada dentro de la legalidad.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

REPARACION DEL DAÑO - Niega la indemnización pedida porque no fue demostrado el daño moral, ni los perjuicios materiales sufridos por la parte actora / HECHO NOTORIO - Inexistencia

Se confirmará la decisión de no acceder a la reparación del daño, solicitada por el demandante como pretensión consecuente de la nulidad, ya que no fue probada plenamente dentro del plenario la presencia de daños que deban ser indemnizados patrimonialmente. Ciertamente no obra en el plenario plena prueba que demuestre la aflicción y el perjuicio patrimonial. Y si bien a folios 55 a 57 obran dos declaraciones extraprocesales que fueron acompañadas para demostrar sumariamente el perjuicio con el fin de obtener la suspensión de los actos acusados, tales no constituyen dentro de nuestro Estatuto Procesal, plena prueba, pues no fueron ratificadas, como lo exige el artículo 229 del Código de

Procedimiento Civil.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

CONSEJERA PONENTE: ANA MARGARITA OLAYA FORERO

BOGOTÁ, D.C., ONCE (11) DE FEBRERO DE DOS MIL CINCO (2005).

RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-25-000-1991-06832-01(0919-02)

ACTOR: JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES

DEMANDADO: RAMA EJECUTIVA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Sala de descongestión para fallo, el 8 de agosto de 2001, dentro del proceso instaurado por la parte JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES contra la Nación – Rama Ejecutiva – Ministerio de Defensa Nacional.

ANTECEDENTES

1.- El actor, JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de los siguientes actos administrativos: Decreto No. 731 del 7 de abril de 1994, expedido por el Presidente de la República, mediante el cual fue sancionado con destitución - separación de manera absoluta de las Fuerzas Militares y Decreto No. 1374 del 30 de junio de 1994, expedido por el señor Presidente de la República, mediante el cual resolvió no reponer el precitado Decreto 731 de 1994.

Pide, así mismo, se ordene cancelar en la hoja de vida, la anotación de la sanción y que como consecuencia de la nulidad de los decretos demandados, a título de restablecimiento, se condene a la Nación a indemnizarle el valor de los daños morales causados por virtud de la sanción disciplinaria irregularmente impuesta, los cuales estima en una suma equivalente a 1000 gramos oro.

En el proceso radicado bajo el número 26.832, acumulado en la primera instancia al No. 36858, pide el demandante la nulidad de las Resoluciones Nos. 404 y 438 de 1990, proferidas por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares y el consecuente restablecimiento del derecho.

2.- Presenta el demandante los hechos bajo dos acápites, el primero, referido a la censura contra los fallos disciplinarios y el segundo relacionado con los cargos formulados contra los decretos de ejecución proferidos por el Presidente de la República, mediante los cuales se adoptó la decisión de la Procuraduría.

Relata que el día 6 de noviembre de 1985, como es de conocimiento público, la organización guerrillera "M-19" se tomó las instalaciones del Palacio de Justicia, privando violentamente de la libertad a un gran número de personas, dentro de las cuales se encontraban los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, con el objetivo principal de realizarle un juicio político al Presidente de la República.

Manifiesta que el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa y Jefe Supremo de las Fuerzas Militares, en ejercicio de la atribución constitucional establecida en el artículo 120, numeral 7 de la Carta Política, impartió la orden a las Fuerzas Militares de emprender la operación militar para recuperar el edificio, con el fin de preservar las instituciones que había jurado defender y liberar a las personas que habían sido secuestradas por la facción sediciosa.

Expresa que en razón a su hoja de vida y teniendo en cuenta que se desempeñaba en ese entonces como Comandante de la Décima Tercera Brigada, que era la encargada de velar por el mantenimiento del orden público en el área urbana de Bogotá, adoptó una reacción inmediata y ofensiva, sin dilación, a fin de restablecer la normalidad institucional.

Señala que el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, dispuso la continuación del operativo militar y adoptó la firme voluntad de no dialogar con la banda terrorista, razón por la cual, en su calidad de Comandante de la Décima Tercera Brigada no podía suspender la acción desplegada, ni adoptar un cambio de actitud en la conducción operacional, so pena de comprometer su responsabilidad por indisciplina o desobediencia. Dice que durante todo el tiempo en que se prolongó la toma del Palacio de Justicia, el Presidente de la República que había autorizado el ataque a los subversivos, no le impartió, en ningún momento, la orden para el cese al fuego, como consta en las actas del Consejo de Ministros que permaneció reunido los días 6 y 7 de noviembre de 1985; que, en consecuencia, la liberación del edificio prosiguió en cumplimiento de la voluntad del Gobierno, que propugnaba por una terminación rápida de la acción militar, como se probó en su oportunidad en la Cámara de Representantes.

Relata que es públicamente conocido que al final de la trágica jornada, el Presidente de la República a través de la radio y la televisión, asumió la total responsabilidad de la orden y de sus efectos.

Expresa que la operación militar que ejecutó como Comandante de la Décima Tercera Brigada se cumplió de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, y en estricto acatamiento a las órdenes superiores; que en todo momento se tuvo como finalidad primordial poner a salvo a las personas que se encontraban dentro del palacio, a pesar de la violenta oposición de los asaltantes, que no atendieron el llamado de los representantes de los organismos humanitarios; que no hubo exceso por parte de la Fuerza Pública en el desarrollo de la operación y que no se puede olvidar que los guerrilleros del "M-19", con poderosas armas de destrucción colectivas y luego de asesinar inocentes civiles que se desempeñaban como vigilantes privados, tomaron un número de rehenes; que la Fuerza Pública intervino, como era su deber, para neutralizar estas actitudes delictuosas, aún a costa de la vida de 11 de sus integrantes.

Señala que el Presidente de la República y el Ministro de Defensa, fueron acusados ante la Cámara de Representantes, siendo exonerados totalmente de responsabilidad, al demostrarse que la acción se ajustó a los parámetros del ordenamiento jurídico. Que no obstante lo anterior, la Procuraduría inició una actuación irregular, pretermitiendo el procedimiento administrativo previsto en la ley, pues desconoció las garantías jurídicas consagradas en los artículos 18 de la Ley 25 de 1974 y 12 de la Ley 13 de 1984, que desarrollan el principio de contradicción y que constituye una exigencia fundamental del respeto al derecho constitucional de defensa; que en la investigación de la Procuraduría los funcionarios no cumplieron el deber de comunicar a los oficiales inculcados, la existencia de la actuación y su objeto, ni se les dio oportunidad de ejercer el derecho de defensa, ni tampoco se les formuló un pliego de cargos o acusación con las formalidades previstas en la ley, para que pudieran desvirtuarlos mediante los correspondientes descargos y las pruebas de rigor.

Agrega que lo que se le solicitó fue una simple declaración y no una diligencia de descargos, lo que reviste una gran trascendencia jurídico procesal que, de otra parte, la Procuraduría desbordó sus facultades en relación con la resolución No. 404 del 28 de septiembre de 1990 y su confirmatoria, la No. 438 del 24 de octubre del mismo año, al no haberle formulado pliego de cargos. Expresa además, que las resoluciones acusadas están viciadas de nulidad, pues la facultad sancionatoria ya la había perdido la Procuraduría, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 114 del Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

Finalmente, para cerrar el recuento que hace en el capítulo primero, expresa el demandante que el entonces Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, manifestó públicamente ante el Congreso, con ocasión del debate político que suscitaron las resoluciones sancionatorias, que por orden expresa del entonces Procurador General de la Nación se buscaba a toda costa a un responsable, y que por ello, fue sancionado.

Respecto de los actos administrativos proferidos por el Presidente de la República, alega la parte actora que en septiembre 10 de 1993, el entonces Secretario Jurídico de la Presidencia, por instrucciones del señor Presidente dio respuesta al oficio en que la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares solicitaba al primer mandatario adoptar la medida de destitución, no sin antes advertir el hecho incuestionable del vencimiento del término previsto en la ley para tomar tal decisión. En el precitado documento de la Secretaría Jurídica se señala que, en su caso, han transcurrido más de 5 años desde que ocurrieron los hechos, lo cual implica que jurídicamente resulta imposible imponer la sanción de destitución. Manifiesta que tal concepto fue emitido en el mismo sentido en que se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el cual señaló que el deber del nominador es actuar de conformidad con la solicitud de la Procuraduría, siempre que no haya transcurrido el término de prescripción de las sanciones disciplinarias establecido por el artículo 38 del C.C.A., que es de tres años contados a partir de la ejecutoria del acto que impone la sanción.

Que, en su caso, el Presidente de la República no tenía competencia para adoptar la decisión a la fecha de la misma (2 de diciembre de 1993) menos aún el 7 de abril de 1994; que, por ello, se configura la nulidad de los actos administrativos demandados.

Alega que la decisión de la Procuraduría infringió las siguientes disposiciones: artículos 2, 21, 26, 120, numerales 6, 7 y 8, 166 y 170 de la Constitución Nacional. Artículos 1, 2, 70 y ss., 108 y 218 del Decreto 1776 de 1979; artículos 2, 3, 28, 34, 35 y 84 del Código Contencioso Administrativo; artículo 18 de la Ley 25 de 1974, 12 de la Ley 13 de 1984 y 31 y s.s. del Decreto 482 de 1985.

Señala, finalmente, que en su caso hay falta de tipicidad de la sanción; de proporcionalidad, ausencia de calificación y dosificación de la pena y prescripción de la sanción. Argumenta, además, que el proceso disciplinario se situó con violación del derecho de defensa y de los principios del debido proceso, ya que no le fue formulado el supuesto pliego de cargos, con sujeción a las formalidades legales.

2.- Las entidades accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda. Manifestó la Procuraduría que independientemente de quedar demostrado que al Presidente de la República puede serle imputada además de la responsabilidad política, la administrativa y disciplinaria, debe resaltarse que tal discusión está, en el caso objeto de examen, fuera de contexto, pues no es el juicio del primer Magistrado de la Nación el que se adelantó y se cuestiona en estas diligencias, sino el de un General de la República.

Expresó que no resulta provechosa la conclusión al que llega el apoderado del sancionado, según la cual, establecida la responsabilidad en cabeza del Jefe Supremo de las Fuerzas Militares, es decir, el Presidente de la República, los demás subalternos queden eximidos de responsabilidad, ya que como bien se indicó en los actos demandados, una es la responsabilidad del Presidente que da la orden de actuar y otra bien distinta es la del General que recibe dicha orden, pero falla en su ejecución debida.

Señaló el ente sancionador que en otro giro, no podría decirse, sin faltar a la lógica y a la juridicidad que frente a una orden legítimamente impartida los subalternos deban cumplirla, sin importar los medios para llevarla a cabo; que el deber es darle cumplimiento, pero en la forma en que el sistema jurídico lo ordena. Expresó que frente al caso concreto, el mandato de restablecer el orden público y la acción militar de planear, dirigir y ejecutar la operación militar de rescate del edificio, no podría hacerse a costa de la vida de personas ajenas a la contienda, sin faltar al cumplimiento de los artículos 16 y 20 de la Constitución de 1886, así como la Ley 5ª de 1960, aprobatoria de los Convenios de Ginebra, normas éstas citadas en la resolución cuestionada.

Alegó la Procuraduría, en cuanto al cargo de falsa motivación que le endilga la parte actora a los actos sancionatorios, que tal censura se reduce al simple decir del demandante y que en contratase con esa parquedad, los actos acusados mostraron hechos contundentes como el de la entrada de tanques de guerra aprovisionados de ametralladoras al interior del Palacio de Justicia, lo que permitió inferir a la Procuraduría el afianzamiento de la capacidad de ataque de las Fuerzas Armadas, antes que la protección de los rehenes.

En cuanto al cargo de falta de aplicación del régimen disciplinario que gobernaba a la parte actora (Estatuto Disciplinario de las Fuerzas Militares) señaló el ente sancionador que cuando la Procuraduría adelanta un procedimiento disciplinario, en cumplimiento de su función fiscalizadora de la conducta de los empleados públicos, desplazando así la competencia de la entidad administrativa, está sometida al procedimiento y a los trámites de la Ley 25 de 1974.

Agregó que de la lectura del pliego de cargos, particularmente de las resoluciones por medio de las cuales la Delegada para las Fuerzas Militares solicita la destitución, se aprecia con claridad meridiana que se hizo un análisis intenso del operativo militar de rescate del edificio, para advertir la gravedad y nefastas consecuencias de éste; que a la vez que se dejó constancia de la brillante hoja de vida del acusado, tal recorrido no alcanza a debilitar o contrarrestar la magnitud del hecho imputado; que la sanción impuesta fue directamente proporcional a la desacertada ejecución de la operación militar.

De otra parte, señaló el ente sancionador que no se dio la prescripción de la acción disciplinaria, pues ésta prescribe en 5 años, al tenor del Decreto 1776 de 1979, norma que gobernó el caso objeto de examen. Adujo que en el disciplinario que se situó contra el General sí existió pliego de cargos, como lo demuestra el Oficio No. 3342 de 1989.

Finalmente argumentó que no puede tener cabida el vicio de desvío de poder, ya que el acto fue proferido por el procedimiento debido; que además, nada probó la parte actora para sustentar tal afirmación.

DEL FALLO RECURRIDO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, ya que declaró la nulidad de los actos demandados y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó la cancelación de la anotación de la sanción de destitución en la hoja de vida del actor, pero negó la condena al pago de los perjuicios solicitados.

Manifestó que para la iniciación del proceso disciplinario contra el demandante, la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares debió atenerse a lo dispuesto en el artículo 114 del Decreto Extraordinario 1776 de 1979, por ser norma de carácter especial y sustantiva y por constituir una disposición más favorable al inculpado, que fija el término de la caducidad de la acción en seis (6) meses contados a partir del momento en que se cometió la falta, es decir, a partir del 7 de noviembre de 1985 y no el del artículo 12 de la Ley 25 de 1974 que lo fija en 5 años, que, por esa sola razón, deben despacharse favorablemente, en forma parcial, las súplicas de la demanda y decretar la nulidad de los actos acusados, al encontrarse probada la caducidad de la acción disciplinaria, teniendo en cuenta que la iniciación del respectivo proceso tuvo lugar el 26 de junio de 1988, transcurridos más de 2 años de haber ocurrido los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985, por los cuales se investigó y sancionó al demandante.

Expresa que como nexo causal de la decisión debe declararse la nulidad de los actos administrativos proferidos por el Presidente de la República, por medio de los cuales se ejecutó la sanción de destitución impuesta.

Finalmente señaló el Tribunal que no se accede a la condena de los perjuicios solicitados, por no haber sido demostrados en el expediente.

SUSTENTACION DE LA APELACION

Las partes apelaron el fallo del Tribunal.

- El demandante recurre la sentencia sólo en cuanto no se ordenó la condena por los perjuicios morales que los actos demandados le causaron. Expresa que es obvio que no sólo se vio afectado en el aspecto económico por los actos demandados, sino que además se vio afectada su propia imagen y la de su familia, sufriendo por esto enormes perjuicios morales, toda vez que estas decisiones fueron publicitadas ampliamente por todos los medios de comunicación, por tratarse de un insuceso de enormes repercusiones nacionales e internacionales.

Alega que las consecuencias de los actos demandados son de notoriedad tal, que es totalmente claro que el país entero tuvo conocimiento de los actos gubernamentales y tiene conciencia del escarnio que los mismos significaron para el demandante y del profundo perjuicio moral que debió sufrir al igual que toda su familia; que en el acervo probatorio hay constancia de tales perjuicios, que, además, son deducibles, por la amplia notoriedad y publicidad de la situación.

- La Procuraduría General de la Nación manifiesta que dentro del contexto del estado de derecho, desarrollado por la Constitución de 1886, vigente al momento de los hechos materia de investigación, la facultad disciplinaria del Procurador General de la Nación y demás funcionarios del Ministerio Público proviene de los artículos 143 y 145 de la Constitución Nacional; que el primero los capacita para "supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos" y el segundo establece como función especial del Procurador General de la Nación "cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes."

Expresa que con el establecimiento de normas que facultan a la Procuraduría General de la Nación a través de su Delegada para las Fuerzas Militares, para adelantar investigaciones en las que estén vinculados miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales, se establece como imperativo el poder disciplinario de la Procuraduría respecto de todos los funcionarios del Estado, tal como lo ha señalado la reiterada

jurisprudencia del Consejo de Estado.

Señala que, en consecuencia, el Decreto 1779 de 1979 no puede modificar ni restringir el camino para el ejercicio de la facultad del Ministerio Público de supervigilar la conducta oficial de los empleados del Estado, entre ellos los miembros de las Fuerzas Armadas, y no puede tenerse por inaplicable el procedimiento disciplinario por el transcurso del término previsto en el artículo 114 del referido Decreto, ya que la Ley 25 posibilita que la Procuraduría General de la Nación ejerza la potestad disciplinaria con mayor amplitud a aquella otorgada a otros organismos.

Agrega que la Procuraduría debe dar aplicación al Decreto 1776 de 1979, pero en los eventos en que la ley de facultades le otorgue la potestad de imponer las sanciones correspondientes, pero la competencia, términos y procedimiento es la señalada en la Ley 25 de 1974.

Alega que los términos de prescripción de la acción de los procesos disciplinarios que inicie y desarrolle la Procuraduría, es de 5 años y no el determinado en el estatuto de las Fuerzas Militares, como lo ha dicho esta Corporación; que por ello, el fallo debe ser revocado y, en su lugar, deben negarse las pretensiones de la demanda, ya que los actos demandados fueron el resultado de una investigación adelantada con plena observancia de las disposiciones constitucionales y legales, con plena aplicación de las garantías y formalidades procesales.

- Por su parte, la apoderada del Presidente de la República manifiesta en su recurso de apelación que el actor no conformó debidamente el acto administrativo complejo, teniendo en cuenta el artículo 94 de la Ley 200 de 1995, la cual expresa claramente que la sanción impuesta la hará efectiva el nominador; es decir, dice, que los actos por los cuales se sancionó al demandante se hicieron efectivos mediante la expedición del Decreto 731 del 7 de abril de 1994, conformando lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado "acto complejo", esto es que el fallo de la Procuraduría requería de otra actuación jurídica, la del nominador, para que surtiera plenos efectos; que, por tal razón, la parte actora debió demandar la nulidad de las Resoluciones sancionatorias y los decretos proferidos por el Presidente de la República, dentro de la misma acción; que por esa omisión ha debido dictarse fallo inhibitorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 del C. de P.C., que tal omisión ni siquiera queda subsanada mediante la figura de la acumulación de procesos, como se decretó en la primera instancia.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Debe la Sala, en primer lugar, examinar si la sanción disciplinaria impuesta en el caso objeto de examen fue adoptada después de haber caducado la acción disciplinaria, como lo señaló el Tribunal, ya que, según estima, al demandante lo gobernaba el Decreto 1776 de 1979 que prescribe un término de caducidad de 6 meses; o si por el contrario, como lo alega la Procuraduría General de la Nación, el término de caducidad es de 5 años, según lo dispone el artículo 12 de la Ley 25 de 1974, norma que regula el procedimiento de los procesos disciplinarios iniciados y adelantados por dicho ente.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en señalar que la facultad de vigilancia de la conducta oficial, que, por norma constitucional, compete a la Procuraduría, prevalece sobre el ejercicio de la facultad disciplinaria que ostentan las demás entidades públicas, por lo cual cuando dicha entidad avoca el conocimiento de las diligencias disciplinarias, cualquiera sea el asunto, desplaza la investigación que por los mismos hechos se esté adelantando.

En efecto, dijo la sentencia de la Sección Segunda, Sub Sección "B" proferida el 23 de mayo de 2002, lo siguiente:

"Tampoco es aplicable el artículo 108 del decreto 0085 de 1989, norma especial dirigida a los miembros de las Fuerzas Militares, que fija el término de prescripción de la acción disciplinaria en un año contado a partir del momento en que se cometió la falta, lo que equivale a decir que la prescripción ocurrió un año después del 26 de julio de 1990, porque lo que quiso el legislador fue clarificar que no existe fuero especial para los militares en el caso de las acciones disciplinarias relativas a actos que configuraran genocidios, torturas y desapariciones de personas, faltas de tal gravedad que ni siquiera en su investigación quedaban protegidas por un supuesto fuero castrense sino que debían ser conocidas e investigadas por un órgano especial, de acuerdo con la legislación ordinaria del organismo sancionador."

"Sin embargo, la argumentación del actor parte del supuesto de que los miembros de la Fuerza Pública tienen un fuero especial en el campo disciplinario, supuesto equivocado, por cuanto el fuero militar es penal y no disciplinario, por lo cual la norma aplicable en este campo es el artículo 277 ordinal 4º, según el cual, la vigilancia superior y preferente de quienes desempeñen funciones públicas es ejercida por el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes." (Cita de la sentencia C- 017 de 1996. M.P.: Dr: Alejandro Martínez Caballero.)

"Entendidas así las cosas se explica por qué la prescripción de la acción debe regirse por las normas ordinarias y no por las especiales, porque, se insiste, para este tipo de faltas los militares no se rigen por sus estatutos pues la competencia le está atribuida directamente a la Procuraduría. Por ello la norma aplicable era el artículo 12 de la ley 25 de 1974, vigente para la época, que fijaba en 5 años el término de prescripción, con las modificaciones del artículo 6º de la Ley 13 de 1984 y demás normas que lo modifican y adicionan." ¹

NORMATIVIDAD APLICABLE

Para la fecha en que se inició el disciplinario que se situó contra el demandante, se encontraba vigente la siguiente normatividad atinente a los procesos disciplinarios:

- La Ley 25 de 20 de diciembre de 1974, "Por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y Régimen Disciplinario y se dictan otras disposiciones."

Esta ley establece en su artículo 12, lo siguiente:

"La acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta."

- El Decreto 1776 del 27 de julio de 1979, "Por el cual se expide el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares", que en su artículo 114 dispone:

"La facultad para imponer sanciones disciplinarias prescribe a los seis (6) meses que se contarán a partir del momento en que cometió la falta, a excepción de aquellas que constituyen causal de mala conducta, en relación con las cuales la facultad prescribe en doce (12) meses. Este último término se interrumpe desde el día en que se dicte la resolución de convocatoria del Tribunal Disciplinario, día éste a partir del cual comenzará a correr de nuevo el lapso de la prescripción. El término prescriptivo aquí señalado se eleva al doble cuando fueren tres o más los infractores y se tratare de faltas cometidas conjuntamente."

El Decreto 0085 de 10 de enero de 1989, "Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares", que en su artículo 108 preceptúa:

"La facultad para imponer sanciones prescribe en un (1) año, que se contará a partir del momento en que se cometió la falta, a excepción de aquellas que constituyen causal de mala conducta, en relación con las cuales la facultad prescribe a los tres (3) años. Este último término se interrumpe desde el día en que se dicte la resolución de convocatoria del Tribunal Disciplinario, día éste a partir del cual comenzará a correr de nuevo el lapso de la prescripción. El término prescriptivo aquí señalado se eleva al doble cuando fueren tres o más los infractores y se tratare de faltas cometidas conjuntamente."

Y en su artículo 219 prescribe:

"El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el reglamento de régimen disciplinario para las Fuerzas Militares adoptado por el Decreto 1776 de 1979 y demás disposiciones que le sean contrarias."

- La Ley 13 de 9 de marzo de 1984, "Por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa", que en su artículo 6º dispuso:

"Prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, término dentro del cual deberá igualmente imponerse la sanción."

Ahora bien, no hay duda de que el Ministerio Público fue investido de la atribución de ejercer el control de la conducta de los empleados públicos por la Constitución de 1886 y hoy por la Constitución de 1.991. Para el cumplimiento de este deber, a la Procuraduría le asiste la facultad para adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

Y cuando la Procuraduría asume la función de investigación, debe estarse al procedimiento que le es propio, es decir, al de la Ley 25 de 1974. Es claro que en cuanto a las faltas y a las sanciones deben aplicarse las previstas en el régimen especial que gobierna al encartado, como sucedió en el caso objeto de examen en el cual la Procuraduría, según dan cuenta las resoluciones acusadas, citó como normas infringidas por el General Jesús Armando Arias Cabrales, los artículos 19 y 71 del Decreto 1776 de 1971, normas propias del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares, vigente para la época de los hechos, al cual estaba sometido el disciplinado y así lo sancionó, por incumplimiento en los deberes que el mismo estatuto le imponía.

Bajo este entendimiento, se explica por qué la prescripción de la acción debe regirse por las normas ordinarias y no por las especiales. Por ello la norma aplicable, en cuanto a la prescripción, era el artículo 12 de la Ley 25 de 1974, vigente para la época, que fijaba en 5 años el término de prescripción, con las modificaciones del artículo 6º de la Ley 13 de 1984.

Aceptada entonces la competencia de la Procuraduría para investigar y sancionar esta clase de faltas y el término de cinco años previsto para ello por la ley, resta por examinar si la Procuraduría respetó dichos términos.

Da cuenta el expediente en el cuaderno No. 2, folio 36, la resolución No. 404 del 28 de septiembre de 1990, por medio de la cual el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, sancionó disciplinariamente al General Jesús Armando Arias Cabrales con solicitud de destitución (desvinculación definitiva de las Fuerzas Militares). La citada resolución fue notificada el 11 de octubre de 1990 (folio 13 del mismo cuaderno).

Obra a folio 89 del mismo cuaderno la Resolución No. 438 del 24 de octubre de 1990, por medio de la cual se decide el recurso de reposición interpuesto, el cual mantuvo la decisión adoptada en la precitada Resolución. Dicho acto fue notificado el 26 de octubre de 1990 (folio 81).

Como se observa del cotejo de fechas, la sanción fue impuesta dentro del término de 5 años contados a partir de los sucesos del 5 y 6 de noviembre de 1985, fecha ésta en que se adelantó el operativo militar al mando del encartado con ocasión de la toma del palacio de justicia por militantes del M-19. No se presenta pues la prescripción de la acción disciplinaria, como dijo el Tribunal.

Y si bien es cierto que el acto de ejecución se profirió mediante el Decreto No. 731 del 7 de abril de 1994 expedido por el Presidente de la República, tal hecho no afecta en nada la medida sancionatoria ni tiene incidencia alguna en los términos previstos para la prescripción, pues es sabido que la actuación disciplinaria culmina con el acto mediante el cual la entidad revestida de poder, como en este caso la Procuraduría, impone la sanción pertinente de solicitud de destitución. Tal medida, en este caso, como es obvio, requiere de un acto de ejecución que si bien

es conexo al acto sancionatorio, no forma parte de aquél, ya que, se repite, es un mero acto que ejecuta la medida y ni crea ni modifica ni extingue situación jurídica alguna del disciplinado. Tal situación queda definida en casos como el que ocupa la Sala, con la decisión de la Procuraduría General de la Nación.

La única connotación que la jurisprudencia le ha dado al denominado acto de ejecución tiene que ver para el cómputo del término de caducidad, pues éste se cuenta a partir del de ejecución, en aras de propiciar una efectiva protección al disciplinado.

Lo anterior impone estudiar los demás cargos endilgados por el demandante, de los cuales se relevó el Tribunal, dado el enfoque que le dio al examen del proceso.

Es de anotar que en el presente proceso la competencia de esta Sala como juez de segunda instancia, es plena, dado que tanto el demandante como la Procuraduría General de la Nación, apelaron el fallo. Para el estudio de los cargos endilgados, se seguirá este derrotero:

1.- PRELIMINARES

Debe recalcar la Sala que el examen de los cargos endilgados a los actos acusados se estudiarán frente a las imputaciones precisas que le hizo el ente sancionador al demandante, los cuales son, como da cuenta el folio 2 del cuaderno 2, haber dado el disciplinado, como Comandante de la Décima Tercera Brigada del Ejército, "un manejo peculiar a la situación, pues al desarrollar la acción se debieron tomar las medidas necesarias tendientes a proteger la vida de los rehenes, civiles indefensos ajenos al conflicto, y sobreponer la seguridad física de los rehenes, por encima del sometimiento del Grupo Guerrillero a las Fuerzas Militares, aún por las altas dignidades que ostentaban la mayoría de los rehenes"

Por la conducta anteriormente descrita, según el pliego de cargos, al demandante se le atribuyeron como infringidos los artículos 19 y, 71, secciones A, B, F y O) del Decreto 1776 de 1979 y por tal proceder fue sancionado, como se lee en la precitada Resolución No. 404 de 1990, en la cual textualmente se señaló:

"Resulta, en consecuencia, por parte del Oficial inculcado, manifiesta la violación de las siguientes normas del orden jurídico interno de Colombia:

1.- El artículo 16 de la Constitución Nacional en cuanto establece que todas las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas.

2.- El artículo 20 de la Carta que establece que los funcionarios públicos son responsables por infracción a la Constitución, a las leyes y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de estas.

3.- La ley 5ª de 1960, aprobatoria de los Convenios de Ginebra, vigente desde el 21 de octubre de 1962. Esta ley incorporó al derecho Colombiano las normas del Derecho Internacional Humanitario, conforme a las cuales, y en especial, el artículo 3 común a los cuatro convenios, precisa la inexcusable obligatoriedad de respetar y proteger la vida y la integridad corporal de las personas ajenas a un conflicto armado sin carácter internacional.

4.- Artículo 19 del decreto 1776 de 1979 y 71, Secciones A, B, y F, numeral. K) y O) del mismo Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, vigente para la época de los hechos..."

A tales acusaciones se circunscribirá entonces el estudio del presente proceso, pues no es objeto del mismo examinar en punto alguno el manejo del personal que fue retenido una vez cesaron los aciagos acontecimientos de la toma por parte del Movimiento M-19, el cual ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sección Tercera de esta Corporación.

2.- DE LOS CARGOS ENDILGADOS CONTRA LOS ACTOS ACUSADOS

Tres cargos, en esencia, atribuye el demandante a los actos demandados:

- Violación del derecho de defensa y de los principios del debido proceso.

- Desvío de poder

- Falsa motivación – Falta de tipicidad de la sanción.

I. Violación del debido proceso.

Fundamenta el demandante este cargo, básicamente, en la ausencia del pliego de cargos, pues, en su sentir, en el Oficio No. 3343 del 27 de junio de 1989, por el cual fue remitido el Oficio No. 3342 de la misma, claramente se expresó que tal documento adjunto no era una actuación contra él, sino una legal y comedida petición para que aclare aspectos de vivencia de los días 6 y 7 de noviembre de 1985, en la toma del palacio de justicia; que, en esa medida, el documento adjunto no es sino una comedida petición que él actuando de buena fe, contestó, por lo que no tuvo oportunidad de conocer de manera concreta y precisa los cargos que se le endilgaban, ni rendir los descargos correspondientes, ni aportar las pruebas necesarias para su defensa.

Tal planteamiento no puede tener vocación de prosperidad, pues para la Sala el documento que obra a folios 1 y 2 del cuaderno No. 2 sí constituye un verdadero pliego de cargos, habida cuenta que en él la Procuraduría, después de describir sucintamente los hechos acaecidos los

días 6 y 7 de noviembre de 1985, le precisa los cargos en que pudo haber incurrido, así como las normas que con su actuar infringió, como se transcribió en párrafos antecedentes.

No puede de manera alguna desconocerse la naturaleza del precitado documento, ya que en tal fueron condensadas las particularidades de las acusaciones que le fueron formuladas y las normas que presuntamente infringía su actuación, exigencias éstas primordiales que garantizan el debido proceso al destinatario de la ley disciplinaria.

Es más, el demandante, como se observa del escrito que obra a folios 4 a 11 respondió dicho auto de cargos, relatando de manera pormenorizada su actuación como Comandante de la Décima Tercera Brigada del Ejército. Se refirió el encartado, además, al expediente que reposaba en ese entonces en la Procuraduría, citando testimonios que respaldaban su dicho respecto de los acontecimientos que se sucedieron en los nefastos días del 6 y 7 de noviembre. Se agregó además a la referida respuesta, un videocasete, en el cual, según se dijo, fue demostrada la acción de las entidades de auxilio, así como la participación en las tareas de ambulancia adscritas al Ejército y constituye prueba de que el inicio del fuego sucedió antes de la entrada del primer vehículo blindado del Ejército.

En fin, de la citada respuesta sólo puede colegirse que ésta contestaba cada una de las acusaciones que se le endilgaron al disciplinado.

Y no puede estimarse que dicho escrito no sea la rendición de los descargos, por el oficio remisorio que acompañó al pliego de cargos, visible a folio 3 suscrito por el mismo funcionario que le corrió el susodicho pliego, pues tal no tiene la virtud ni la capacidad jurídica para alterar la naturaleza de éste, que por demás no fue ambiguo ni impreciso, como quiera que al demandante se le atribuyeron unas conductas supuestamente infractoras del régimen disciplinario al cual estaba sometido.

II. Desvío de poder

Según el demandante los actos acusados están viciados por desvío de poder, porque no existe ruptura teleológica entre el fin del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y el motivo que persiguieron los funcionarios del Ministerio Público al imponerle la sanción de destitución, ya que era, según sus palabras, buscar a toda costa un responsable por los hechos del Palacio de Justicia, por encima de toda consideración jurídica, planteamiento que queda desvirtuado con la declaración que obra a folio 294, doctor Alfonso Gómez Méndez, Procurador General de la Nación en ese entonces y a quien inculpa el demandante de haber dado la orden al Procurador Delegado ante las Fuerzas Militares para que culminara la sanción con la separación del servicio.

Dijo el testigo:

"Tal vez unos meses después de mi posesión como Procurador algunos Delegados me pedían citas para comentar los asuntos más importantes que a juicio de ellos tenían en sus respectivos despachos. Uno de esos casos fue el que tenía que ver con los episodios del llamado Palacio de Justicia. Si mal no recuerdo en ese momento el Delegado para las Fuerzas Militares era el Dr: Manuel Salvador Betancur. Como en la averiguación había aspectos que tenían que ver con los Delegados para la Policía Nacional, para Derechos Humanos y para el Ministerio Público, cada uno de ellos por distintas razones, se hizo una reunión en la cual les expresé que el criterio general de la Procuraduría era que las investigaciones se adelantarán como ya lo dije antes, de una manera oportuna y dentro de los términos legales. Les dije además que por la importancia del hecho en la historia nacional lo único que no podía hacer la Procuraduría era permitir que los hechos, aclaro, permitir que se llegaran a terminar estos procesos por la vía de la no decisión, como sería la de prescripción. Que era importante establecer si había o no responsabilidades de orden disciplinario o penal y que así se expresaran en las respectivas providencias."

Más adelante señaló el declarante al narrar el debate que se suscitó ante el Congreso, por los sucesos del 5 y 6 de noviembre de 1985:

"En ese debate apareció la acusación peregrina de que yo había presionado al Procurador Delegado, Dr. Manuel Salvador Betancur para que formulara el pliego de cargos, y que, según se decía en la acusación, como no me había aceptado la insinuación o la orden había procedido a declararlo insubsistente. Digo que era una acusación peregrina por cuanto, como se demostró allá y creo que en este expediente también deben aparecer los documentos, el pliego de cargos respectivo fue formulado por el Doctor Betancur, más o menos en el mes de junio de 1989 y su declaración de insubsistencia fue en agosto o en septiembre del mismo año. Ese infundio fue desbaratado en ese debate y así lo reconoció uno de los Senadores citantes, el Doctor Barona Meza."

"Pero es que además no podía ser cierta la afirmación del señor Betancur repetida por el demandante, por cuanto era ilógico que se le solicitara a él sancionar al General Arias cuando de un lado él autónomamente formuló el pliego de cargos, y de otro él fue declarado insubsistente, como dije antes, en el mes de agosto o septiembre de 1989 y la sanción se produjo en el mes de septiembre u octubre de 1990..."

Para la Sala resulta creíble lo relatado por el testigo, pues su dicho es corroborado por la prueba documental del expediente que demuestra que efectivamente el señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares fue declarado insubsistente del cargo antes de que se proferiera la sanción, la cual, por cierto, fue impuesta por otro funcionario que fungía en ese entonces de Procurador Delegado, quien no denunció presión alguna para llegar a la decisión sancionatoria.

En ese orden, no puede tener vocación de prosperidad el cargo de desvío de poder.

III Falsa motivación – Falta de tipicidad de la sanción

Fundamenta esta censura el demandante, de una parte, porque los hechos aducidos por la Procuraduría Delegada para arribar a la conclusión que había infringido los artículos 19 y 71 del decreto 1776 de 1979, fueron amañados y contrarios a la realidad, y de otra, que la medida

sancionatoria no guarda proporcionalidad con las presuntas faltas contra la disciplina, al no haberse calificado la falta y dosificado la pena.

La Procuraduría señaló que el demandante y las Fuerzas Armadas no tuvieron el ánimo de proteger la vida de los rehenes, y que tan sólo prevaleció el interés de someter al grupo guerrillero; que además no se dispuso por parte de las Fuerzas Armadas, procedimientos más idóneos y aptos que la estrategia militar tiene al respecto, ya que los adoptados condujeron inevitablemente a la muerte de los rehenes, y que la entrada insólita de los tanques de la Escuela de Caballería (cascabel y urutú), aprovisionados de ametralladoras MAG 7.62 mm, elementos de alto poder ofensivo, no podrían tener como objetivo la protección de los rehenes, sino por el contrario, afianzar la capacidad de ataque de las Fuerzas Armadas sin perjuicio del peligro inminente que su uso implicaba para los rehenes.

Para resolver el presente cargo, es preciso que la Sala haga el siguiente recuento probatorio.

Obra en el expediente en el cuaderno No. 28 folio 57 la certificación jurada del demandante, rendida en cumplimiento a lo dispuesto en el Oficio No. 005478 - del 19 de diciembre de 1986 proferido por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, en la cual se dijo, entre otros, sobre la acción militar cumplida en el área interna y en el sector aledaño al Palacio de Justicia:

"Se recibió información de que el Grupo de Operaciones Especiales de la Policía Nacional estaba preparándose para helicoportarse y descender sobre la terraza del edificio; se dio espera hasta su llegada con el fin de forzar simultáneamente la entrada al palacio, pero al haber sido bloqueadas las puertas por los antisociales y disparar éstos a cubierta y desde ubicaciones ventajosas cualquier persona que intentaba acercarse a los accesos, dispuse la irrupción de un vehículo blindado por la puerta principal y otro por el parqueadero, a efecto de penetrar bajo la protección de su blindaje, para ganar posiciones dentro del palacio y apoyar al GOES que había descendido a la terraza y que en el momento estaba recibiendo fuego intenso, sin contar con abrigo o cobertura adecuados.

Logrado el acceso al edificio y con tropas en el área del sótano- parqueadero y en el primer piso, neutralizados los explosivos colocados en el sótano por los antisociales, se inició la progresión bajo intenso fuego; se rescataron los cadáveres de dos celadores y del administrador del Palacio que habían sido muertos por el M-19 en el comienzo de la entrada intempestiva. A partir de ese momento y siempre bajo los disparos y el lanzamiento de explosivos por los delincuentes, se fue ganando espacio y rescatando personas secuestradas, labor en la que se persistió hasta cuando el incendio alcanzó tales proporciones que obligó a evacuar a todo el personal militar

Luego de un intento de penetrar nuevamente al palacio, como a las 01:30 horas del día 7 de noviembre, el que resultó infructuoso por las llamas, humo e intenso calor, se entró por tercera vez al edificio a las 6.00 horas, permaneciendo allí hasta las 16:30 horas, aproximadamente, lapso en el cual se continuó siempre bajo fuego de los subversivos, el rescate de personas, las que fueron llevadas al museo del 20 de julio o casa del florero".

Al expediente fue allegado el reglamento para el servicio de tropas en orden público, en el cual se describe de manera minuciosa el procedimiento a seguir en las operaciones militares como la que se adelantó en el Palacio de Justicia. En dicho manual se especifica la forma de planeación y coordinación de la operación, el registro y control de tareas, el análisis de efectivos o unidades disponibles, el examen de los diferentes sectores para dirigir el esfuerzo principal hacia aquellos que se consideran más críticos y difíciles, en fin, se detalla de manera precisa, cada una de las tareas que se deben cumplir para adelantar dichos operativos.

Obran innumerables testimonios de civiles y militares que estuvieron presentes en el asalto violento al Palacio de Justicia, así como informes de expertos en balística, los cuales en aras de la economía procesal no se transcriben, sin embargo, es importante resaltar los siguientes:

Declaración del Doctor Samuel Buitrago (folio 154 cdno. 22)

"Del último sitio donde permanecí en calidad de rehén salió conmigo el doctor Nelson Zuluaga Ramírez y otras personas como el doctor Nemesio Camacho, Hernando Tapias Rocha y Darío Quiñónez Pinilla, Secretario General del Consejo de Estado. Salí por las escalas de acceso a los baños situados entre los pisos 2 y 3 hacia la primera planta del palacio donde fuimos ayudados por algunos soldados a salir hacia la Plaza de Bolívar en donde en camillas fuimos conducidos a la Casa de la Moneda. Posteriormente yo fui trasladado al Hospital Militar"

Declaración del Doctor José Gabriel Salom Beltrán (cuaderno 20)

"En ese instante los guerrilleros empezaron a disparar contra nosotros, tal vez por el susto que produjo el impacto y por una pequeña abertura de unos 20 o 25 cms de largo por 10 de ancho que se abrió en el sitio donde estaba colocado el mencionado toallero. En ese momento sentí que grandes cantidades de lo que yo inicialmente denominé como bala, habían ingresado a mi pierna y glúteo derecho. Al poco tiempo, la misma persona a quien he señalado con un hablado costeño muy singular, me tomó de los cabellos y junto con el doctor Gaona nos hizo colocarnos frente al orificio mencionado, permaneciendo sentados. Posteriormente nos hizo coger de la mano con el Doctor Gaona y nos sacó sentados fuera del baño apuntándonos éste y otros guerrilleros con revólver. Al llegar al rincón nos manifestaron que seguiríamos avanzando en la misma posición hacia el sitio donde existía fuego cruzado, circunstancia que implicó que el doctor Gaona dijera una vez más que lo que se iba a cometer era un asesinato y ellos respondieron que ellos no nos iban a matar sino era el ejército y necesitaban nuestros cadáveres para arrojarlos para que cesara el fuego. El doctor Gaona se negó a moverse del sitio y en ese preciso momento, atendiendo la orden creo al parecer de Almarales, procedieron a abrir fuego contra nosotros a una distancia de unos 30 cms. Sentí un fuerte golpe en el hombre izquierdo, producido por la cabeza del doctor Horacio Montoya quien al parecer venía detrás de mí, para posteriormente recibir otro tremendo golpe en la cabeza producido esta vez por la del doctor Manuel Gaona Cruz. ... En esa posición permanecí durante algún tiempo que no preciso... posteriormente y al ver que un guerrillero arrojó frente a mi cabeza un material pesado que yo presumí era una bomba comencé a solicitar auxilio del Ejército que se encontraba disparando en el tercer piso. Ellos me manifestaron que saliera con las manos en alto a lo que les respondí que me era imposible

por cuanto estaba herido. Me dijeron nuevamente que me arrastrara que ellos cubrían mi ascenso al tercer piso para evitar que me dispararan por la espalda, situación que en efecto realicé"

Como se desprende del relato de los diferentes oficiales que participaron en la recuperación del Palacio de Justicia, existió un planeamiento conjunto de la operación, con un manejo centralizado; se estudiaron, una vez ocurrió la toma guerrillera, los puntos críticos y se procedió como lo ordenan los manuales, a sectorizar el área; se contó, además, con el apoyo de otras unidades. Tales declaraciones que son uniformes y contestes desde el punto de vista de la actividad militar, rebaten palmariamente la censura del organismo de control, de encontrar la actuación del Ejército en la recuperación del edificio, como algo "peculiar". Pues por el contrario, la neutralización por parte del Ejército contra la fuerza insurgente que se había tomado violentamente el Palacio, estuvo enmarcada dentro de lo que le dictaban los reglamentos militares de operación.

Es necesario tener presente que la toma de las instalaciones del Palacio de Justicia se hizo en forma violenta por un comando del grupo guerrillero M-19. A partir de ese momento, como da cuenta el voluminoso expediente, el cual es imposible reseñar detalladamente en este proveído, se dio comienzo a un episodio sangriento que enlutó a las instituciones del país. Fue entonces la acción del grupo guerrillero la que dio origen a la respuesta de la Fuerza Pública, quien en un principio con actuaciones aisladas repelió el ataque, para luego de manera coordinada asentarse en las instalaciones hasta lograr la recuperación del edificio.

Son contestes y coincidentes los innumerables testimonios y las documentales que obran, en señalar que la Fuerza Pública inició un lento proceso de recuperación del palacio, asentándose en el primer piso y rescatando a los primeros civiles indefensos ajenos a la contienda armada (visitantes y funcionarios de las distintas Cortes). Son también unánimes los relatos en señalar el transporte hasta la terraza del edificio de miembros de la Policía, para recuperar el cuarto piso, buscando con ello desalojar a los asaltantes de los puntos estratégicos.

Así mismo, no puede dejarse a un lado que el ataque atroz por parte del M-19, al edificio en donde presidía una de las Ramas del Poder Público, se convirtió en un ataque contra el sistema mismo. Ello explica la actuación del Ejército y lo legítima en su actuación de recuperación no solo de las instalaciones del edificio, sino de la institucionalidad, utilizando la fuerza, pues no se puede desconocer que es insito a las Fuerzas Militares el uso de ésta con el fin de defender el orden constitucional.

Por ello, no encuentra asidero la afirmación que hace el ente sancionador en los actos acusados de exigirle al encartado que diera la orden de cese al fuego, cuando, de una parte, esa no fue la impartida por el Presidente de la República de ese entonces, y de otra, cuando se estaba al frente de un combate, que como se dijo anteriormente, no iniciaron las Fuerzas Armadas. Es de resaltar en este aspecto que al iniciar la ocupación violenta de las instalaciones del palacio, el grupo guerrillero dio de baja a dos celadores de una compañía de vigilancia privada; que del mismo modo cayeron abatidos el administrador del edificio, ciudadanos inermes, éstos. Se trató pues de un combate iniciado por el M-19, que el Ejército tenía la obligación de repeler. No puede pues tener censura la actuación del encartado, como Comandante de la Operación, al repeler tan atroz ataque.

Ahora bien, según el ente sancionador, la acción ordenada y la operación que se llevó a cabo puso en peligro la vida de los ocupantes del edificio y ocasionó la muerte de cerca de 70 de ellos, afirmación que resulta a todas luces desacertada. Parece olvidar el organismo de control que no fueron las Fuerzas Armadas las que produjeron los resultados ampliamente conocidos. Fueron los agresivos ocupantes, quienes en una actitud demencial cogieron de escudos a varios de los rehenes, que sólo con su venia pudieron salir del baño en el cual se encontraba el último reducto de guerrilleros.

No puede ignorarse que en ese doloroso operativo fueron rescatadas 215 personas civiles. Además, la prueba documental fue abundante en determinar la angustia del Gobierno por proteger la vida de los rehenes, lo cual desde el punto de vista militar hizo que el operativo para la recuperación del edificio se adelantara con mayor cautela y no tuviera desenlace a las pocas horas del asalto.

Pero además, mal puede sindicarse al Comandante del Operativo de ese entonces, de utilizar armas de alto poder destructivo sin tener en cuenta el peligro que ello implicaba para la vida de los rehenes. Según el informe de la Comisión Especial Investigadora, los asaltantes ingresaron al Palacio, municiones de fusiles M-16, AR-15; FALC, GALIL; carabinas M-1, Sub ametralladoras Uzzi, Ingram de diferentes calibres, lanzacohetes M-72- A-2 para disparar los temibles rockets, granadas de fragmentación, dinamita, bombas tipo Klemor y los tanques cascabel y urutú, como lo señalaron los expertos en balística, fueron más un instrumento de disuasión que de ataque, por cuanto no fueron disparados dentro de las instalaciones del Palacio de Justicia; de haber sido accionados, como dijo el mismo informe y testimoniaron los Oficiales del operativo, se hubiera concluido el operativo militar con el derrumbamiento total del edificio.

Por lo anteriormente reseñado, no puede menos la Sala que inferir que la actuación del demandante estuvo enmarcada dentro de la legalidad. Las siguientes líneas extractadas del informe del Tribunal Especial de Instrucción adelantado por dos ciudadanos ilustres, designados por el Gobierno Nacional, son suficientes para desechar la motivación de los actos sancionatorios: Dicen así apartes del informe:

"...El Comandante de la XII Brigada, Brigadier Jesús Armando Arias Cabrales, en cumplimiento de obligaciones a su cargo, puso en ejecución el operativo militar, contando para ello con todas las unidades tácticas de la Brigada, las Fuerzas de la Policía de Bogotá y la cooperación de los cuerpos de seguridad y de inteligencia.

Uno de los resultados positivos de la acción militar consistió en la liberación de un crecido número de rehenes...

En el expediente aparecen relatos conmovedores por su contenido humano, de la forma heroica y bondadosa como se produjeron la casi totalidad de los rescates, del celo y sacrificio que se impusieron las fuerzas del orden al protegerlos y conducirlos hasta el sitio de concentración

de rehenes, en la Casa del Florero.

Es evidente que las Fuerzas Militares que penetraron al Palacio de Justicia, a enfrentar un combate, lo hicieron en cumplimiento de órdenes precisas de sus respectivos superiores. Las acciones que llevaron a cabo, con heroísmo y patriotismo indiscutibles, obedecían a los planes adoptados para la recuperación del Palacio y el rescate de las personas cautivas. Está demostrado, así mismo, que el enfrentamiento lo hicieron con gente familiarizada en el manejo de las armas y que, al margen de la ley, lucharon con habilidad y excesivo valor personal, manteniendo siempre la consigna de no rendirse." (Se resalta).

Lo anterior impone confirmar la decisión del Tribunal de anular los actos acusados, pero por motivos diferentes a los expresados en el fallo.

Igualmente, se confirmará la decisión de no acceder a la reparación del daño, solicitada por el demandante como pretensión consecuente de la nulidad, ya que no fue probada plenamente dentro del plenario la presencia de daños que deban ser indemnizados patrimonialmente.

Ciertamente no obra en el plenario plena prueba que demuestre la aflicción y el perjuicio patrimonial. Y si bien a folios 55 a 57 obran dos declaraciones extraprocesales que fueron acompañadas para demostrar sumariamente el perjuicio con el fin de obtener la suspensión de los actos acusados, tales no constituyen dentro de nuestro Estatuto Procesal, plena prueba, pues no fueron ratificadas, como lo exige el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil.

Pero además, no puede entenderse, como pretende el recurrente, que el daño alegado sea un hecho notorio que no requiere prueba, pues es sabido que el daño para que pueda ser indemnizado debe ser antijurídico cierto y concreto; por ello, es un imperativo que quien alegue sufrirlo, debe probarlo, ya que nuestro estatuto procesal es claro en prescribir - artículo 177 del Código de Procedimiento Civil- que "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."

Y no se trata en el sub lite de que se esté ante un hecho notorio, pues éstos, como es sabido, son aquellos acontecimientos evidentes, que se convierten en verdades axiomáticas propias, que tienen tal difusión en un medio dado que se hacen incontestables y que llevan a tal grado de certeza que resulta superior a la convicción que nace de la prueba misma, cuestión que no puede predicarse en el caso objeto de examen ni respecto del daño moral ni de los perjuicios materiales que alega haber padecido el demandante, por cuanto, de una parte, conocer la aflicción de una persona hace relación a un elemento interno e íntimo, que, por su misma naturaleza, se contrapone a lo notorio y evidente y de otra, es imperante, por no tener el daño material la calidad de notorio, establecer qué es lo que habrá de ser reparado o indemnizado; es decir, es necesario demostrar que efectivamente hay un daño, pues sólo una vez identificado éste puede ser viable su reparación.

La regla entonces de probar los supuestos de hecho en que se basan las pretensiones invocadas, es apenas obvia tratándose de resarcir el daño, pues no basta la circunstancia de que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, sin presentar el respaldo probatorio que así lo demuestre, como si se tratara de hechos notorios o presumibles y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal, le corresponde a la parte actora que las alega.

En el caso, se repite, ninguna prueba útil fue decretada para demostrar el daño moral ni los perjuicios materiales sufridos por la parte actora. Los innumerables testimonios se refieren a lo acaecido los días 6 y 7 de noviembre de 1985, pero no dan cuenta de la aflicción que sufrió el actor con los actos acusados.

Existe pues orfandad probatoria para que tenga vocación de prosperidad la pretensión de reparación del daño.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sala de descongestión para fallo – Sección Segunda, el ocho (8) de agosto de dos mil uno (2001), que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

LA ANTERIOR PROVIDENCIA FUE ESTUDIADA Y APROBADA POR LA SALA EN SESIÓN DE LA FECHA.

ANA MARGARITA OLAYA FORERO
TARSICIO CACERES TORO JESUS
ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
ENEIDA WADNIPAR RAMOS
SECRETARIA

ALBERTO ARANGO MANTILLA
MARIA LEMOS BUSTAMANTE

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:17:19