

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera Ponente: *MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN*

Bogotá D.C., quince (15) de abril de dos mil ocho (2008)

Expediente:	110010315000200501421-00
Radicación Interna No.	S-1421
Demandante:	Jesús Armando Arias Cabrales
Demandado:	Procuraduría General de la Nación
Asunto:	Recurso Extraordinario Súplica

Resuelve la Sala Plena, por Importancia Jurídica, el Recurso Extraordinario de Súplica formulado por la Procuraduría General de la Nación contra el fallo proferido el once (11) de febrero de dos mil cinco (2005) por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia.

I.- LAS PRETENSIONES DE LAS DEMANDAS ACUMULADAS

1.- Expediente 36.858

1.1.- Las Pretensiones

A título de declaraciones en el proceso referido se pidió:

“PRIMERA: Que es nulo el Decreto No. 731 del 7 de abril de 1.994, expedido por el Señor Presidente de la República y el Ministerio de la Defensa Nacional, mediante el cual se sancionó con destitución (separación de manera absoluta de las Fuerzas Militares) al Señor General JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES.

SEGUNDA: Que es nulo el Decreto No. 1374 del 30 de junio de 1.994, expedido por el Señor Presidente de la República y el Señor Ministro de la Defensa Nacional, notificado personalmente al afectado el día 6 del mes de julio del año en curso mediante el cual, resolvió no reponer y en consecuencia confirmar en todas sus partes el Decreto 731 de 1.994.

TERCERA: Que se ordene cancelar de la hoja de vida, la anotación de la sanción de destitución (separación absoluta de la (sic) Fuerzas Militares) del Señor General JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES.

CUARTA: Que como consecuencia de la nulidad de los decretos demandados, a título de restablecimiento del derecho, se condene a LA NACIÓN – Rama Ejecutiva – Ministerio de Defensa, a indemnizar al Señor General JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES, el valor de los daños morales causados en virtud de la sanción disciplinaria irregularmente impuesta, los que estimo en una suma equivalente a mil gramos oro puro.

QUINTA: Se reconocerá que este valor devengará intereses comerciales durante los primeros seis (6) meses a la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de dicho término. Los valores anteriores deberán ser reajustados al valor real al momento de cumplirse el pago, teniendo en cuenta para ello, la pérdida de valor adquisitivo certificada por el DANE”

1.2.- Los Hechos de la Demanda

Este segmento de la demanda se divide en dos acápite. En el primero expone el accionante los hechos relativos a la demanda radicada bajo el No. 26.832 adelantada por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se impugnan las Resoluciones Nos. 404 y 438 de 1990 proferidas por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares; y en el segundo se involucran los hechos relacionados con los Decretos 731 y 1374 de 1994 dictados por el señor Presidente de la República y el Ministro de Defensa, dando cumplimiento a las resoluciones anteriores.

Acápito Primero

Los hechos aquí expuestos se resumen de la siguiente manera:

- 1.- El 6 de noviembre de 1985 el grupo guerrillero M-19 se tomó violentamente las instalaciones del Palacio de Justicia, privando de la libertad a un número considerable de personas, entre ellas los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, con el propósito de hacerle un juicio político al Presidente de la República.
- 2.- El Presidente de la República, en su condición de primera autoridad administrativa y Jefe Supremo de las Fuerzas Militares, y en ejercicio de la atribución prevista en el numeral 7 del artículo 120 de la Constitución, de conservar y restaurar el orden público en el territorio nacional cuando fuere turbado, le ordenó a las Fuerzas Militares emprender una acción militar para recuperar el Palacio de Justicia. Así, el primero en acudir al lugar fue el Comandante del Batallón Guardia Presidencial Coronel Bernardo Ramírez Lozano, junto con sus tropas, permaneciendo en el lugar las 28 horas que duró la operación militar; también acudió el Jefe de la Casa Militar, oficial

Ernesto Caviedes Hoyos, por instrucción del propio Presidente de la República.

3.- El General Jesús Armando Arias Cabrales, con una hoja de vida distinguida, actuaba como Comandante de la Décima Tercera Brigada, encargada de mantener el orden público en el área urbana de Bogotá. Según las disposiciones reglamentarias internas, a esa unidad operativa le correspondía *“adoptar una reacción inmediata y ofensiva, sin dilación, a fin de restablecer la normalidad institucional. Así fue como se desarrolló la operación militar para controlar el Palacio de Justicia y liberar los rehenes”*.

4.- El Presidente de la República ordenó continuar con el operativo militar y asumió la postura de no dialogar con los terroristas, razón por la cual el Comandante de la Décima Tercera Brigada no podía suspender ni modificar la acción militar, ya que podía ser disciplinado por desobediencia. En ningún momento el Presidente de la República ordenó cese al fuego, según consta en las Actas del Consejo de Ministros que permaneció reunido durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985. *“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”*. Además, en el informe rendido por el Tribunal Especial de Instrucción Criminal integrado por el Gobierno para la investigación de esos hechos, publicado en el Diario Oficial No. 37509 de junio 17 de 1986 se concluyó:

“Décima: Por disposición del Señor Presidente de la República y bajo su responsabilidad, se trazaron los planes para dominar a los insurgentes. El Comandante de la Décima Tercera Brigada, Brigadier General JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES, en cumplimiento de obligaciones de 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”

5.- Es un hecho notorio que al cabo de esos hechos trágicos el Presidente de la República asumió toda la responsabilidad de lo acontecido, a través de la radio y la televisión.

6.- El operativo militar conducido por el General Arias Cabrales tuvo las siguientes características:

a.- Se cumplió de acuerdo con la constitución, la ley y los reglamentos, acatando órdenes superiores.

b.- El principal propósito de la operación militar fue poner a salvo la vida de las personas que estaban en el Palacio de Justicia, pese a la violenta oposición de los guerrilleros allí atrincherados, quienes no atendieron el llamado de organismos como la Cruz Roja ni el clamor de los propios rehenes.

c.- No hubo exceso en la operación militar. Los guerrilleros emplearon armas de destrucción colectiva y tras asesinar vigilantes privados tomaron un número indeterminado de rehenes, entre ellos Magistrados de las Altas Cortes, interviniendo la fuerza pública con sacrificio de once de sus integrantes.

7.- Tanto el Presidente de la República como el Ministro de Defensa fueron exonerados de responsabilidad por la Cámara de Representantes, tras demostrarse que la acción se ajustó al ordenamiento jurídico.

8.- La Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, con auto del 26 de junio de 1988, ordenó abrir investigación disciplinaria contra el Mayor General Jesús Armando Arias Cabrales y el Coronel Edilberto Sánchez Rubiano.

9.- De allí en adelante la actuación de la Procuraduría fue irregular por pretermitir el procedimiento administrativo y disciplinario previsto en la ley, al desconocer las garantías jurídicas del General Jesús Armando Arias Cabrales consagradas en los artículos 28, 34 y 35 del C.C.A., en el artículo 18 de la Ley 25 de 1974, en el artículo 12 de la Ley 13 de 1984 y en los artículos 31 y s.s., del Decreto 482 de 1985 que desarrollan el principio de contradicción del artículo 3 del mencionado estatuto, que a su vez se erige en garantía del derecho de defensa señalado en el artículo 26 Constitucional. En concreto, no se comunicó a los oficiales investigados la existencia de la causa ni su objeto, tampoco se les dio oportunidad de ejercer su derecho de defensa, ni se les formuló pliego de cargos o acusación con las formalidades previstas en la ley, para que pudieran rendir descargos y solicitar pruebas.

10.- La Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, en acto desleal y violatorio de normas legales y éticas, envió al General Arias Cabrales el oficio No. 3343 del 27 de junio de 1989 comunicándole: *“El documento adjunto a esta nota no es una acusación contra el General ARIAS CABRALES, como se ha querido interpretar sino una legal y comedida petición para que usted aclare un aspecto preciso y concreto que le tocó vivir los días 6 y 7 de noviembre de 1.985, en la toma del Palacio de Justicia. El punto preciso es el siguiente: Que Usted, encontrará en el escrito adjunto al desarrollar el Operativo Militar se debieron tomar unas medidas para proteger la vida de los Rehenes que se encontraban en el Palacio de Justicia. Eso es todo”*. Así, lo pedido fue una declaración y no una diligencia de descargos, diferencia

que tiene gran trascendencia procesal según lo dicho por el Consejo de Estado en la sentencia 0221 del 30 de marzo de 1990, expediente No. 755.

11.- La Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares desbordó sus facultades en relación con la Resolución No. 404 de septiembre 28 de 1990 y su confirmatoria No. 438 de octubre 24 del mismo año. Ello porque:

a.- La Resolución acusatoria No. 404 dice en su página 27:

“Al General JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES se le impondrá idéntica sanción disciplinaria, (son dos inculpados) con anotación en la hoja de vida (Artículo 30 Dec. 3004 de 1.983), atendida la gravedad del cargo por el que se le ha encontrado responsable y la especial naturaleza de los derechos comprometidos con su acción irregular (la vida de varios Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, funcionarios de Palacio de Justicia y otras personas ajenas al conflicto). Su comportamiento puso en evidencia su desapego a reglas básicas del ordenamiento constitucional y legal y a las cláusulas más conocidas del Derecho Internacional Humanitario. La forma como el General asumió el operativo militar trajo como consecuencia la afectación de la buena imagen de las Fuerzas Armadas, sustento indiscutible de nuestro Estado de Derecho.

Estas sanciones se impondrán, sin perjuicio de la hoja brillante y distinguida de estos oficiales al servicio de la institución”

b.- Se pregunta el libelista con base en qué norma constitucional o legal se le aplica al disciplinado una norma que guarda relación con el supuesto pliego de cargos que le fuera elevado? También, dónde está el pliego de cargos? Y, dónde se indican las normas supuestamente violadas por el mismo.

c.- La resolución sancionatoria No. 404 de septiembre 28 de 1990 dice en su página 6: *“Cargos formulados al Señor Mayor General JESUS ARMANDO*

ARIAS CABRALES, Oficio 3342 del 27 de junio /89; (Fls. 557-578 2º C.O.) dice así en su texto: (continúa la resolución)". Sin embargo, del oficio No. 3342 de junio 27 de 1989 no se desprende la existencia de un pliego de cargos, razón por la que la actuación de la Procuraduría no se ajustó a Derecho.

12.- En cuanto a la sanción impuesta al General Jesús Armando Arias Cabrales la Procuraduría desbordó sus competencias, desconociendo el principio de legalidad consagrado en el artículo 20 de la Constitución entonces vigente, circunstancia que lleva a invalidar los actos acusados. Además agrega:

“En efecto, la resolución sancionatoria indica la posible violación de disposiciones contenidas en el Decreto 1776 de 1.979, y de las disposiciones indicadas como presuntamente violadas, (arts. 19 y 71 Secciones A, B y F, numerales K) y o), no aparece en su texto la sanción pedida por la Delegada de “destitución”; así las cosas cómo puede creerse que dicha Delegada en el caso del Señor General JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES, obró objetivamente?. La Constitución y la Ley también determinan que nadie puede ser juzgado y, mucho menos, condenado por un hecho que no esté expresamente previsto en ley vigente al momento en que se ejecute y sin la observancia de las ritualidades propias de cada caso.

Aquí se pretende aplicar el artículo 157 del Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, disposición ésta que no fue transgredida por el Señor General ARIAS CABRALES, citada como presuntamente violada, por la Delegada, en el controvertido pliego de cargos a él formulado”

13.- También resultan inválidas las Resoluciones Nos. 404 y 438 de 1990 porque la Procuraduría había perdido competencia para sancionar, a raíz de la expedición del Decreto No. 1776 de 1979 artículo 114.

14.- El entonces Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, Dr. Manuel Salvador Betancur M., manifestó ante el Congreso de la República y en el contexto del debate político que se dio por las resoluciones sancionatorias, que el Procurador General de la Nación buscaba un responsable *“y que por ello, se debía sancionar al Señor General JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES, por encima de toda consideración jurídica”*.

Acápite Segundo

La síntesis de los hechos aquí presentados dice que:

1.- Con oficio No. 2446 de agosto 27 de 1993 el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares se dirige al Señor Presidente de la República Dr. CÉSAR GAVIRIA TRUJILLO ***“donde sin poder ocultar el hecho incuestionable del vencimiento del término previsto en la Ley para adoptar la decisión, se insiste en que se tome la medida de destitución”***. Se admite también que hay pruebas pendientes por practicar en materia penal, es decir que junto a la extemporaneidad se acepta la falta de claridad, la insuficiencia probatoria y la irregularidad en el procedimiento tanto por la Procuraduría al recomendar la destitución de los investigados como por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa al haber decidido por fuera de término.

2.- El 10 de septiembre de 1993 el Secretario Jurídico de la Presidencia, siguiendo instrucciones del Presidente de la República, da respuesta a la comunicación anterior, haciendo un juicioso análisis de la normatividad y concluyendo: *“En este orden de ideas, y de acuerdo con lo expuesto, se encuentra que en el caso concreto a que hace referencia la Procuraduría General de la Nación, han transcurrido más de cinco años desde que*

ocurrieron los hechos, lo cual implicaría que jurídicamente resultaría imposible imponer la sanción disciplinaria de destitución”.

3.- Con oficio No. 2639 del 20 de septiembre de 1993 el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares le insistió al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República en la adopción de la medida, apoyándose en que se trata de un acto administrativo en firme que goza de presunción de legalidad, pero desconociendo, según el apoderado, la figura de la oportunidad para su aplicación.

4.- El 2 de diciembre de 1993 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, absolviendo consulta formulada por el Secretario General de la Presidencia de la República sobre el particular, respondió:

“En mérito de lo expuesto, la Sala responde:

Quando la Procuraduría General de la Nación, establece la existencia de una infracción disciplinaria y determina la sanción correspondiente, la impone por medio de un acto administrativo, el cual debe ser expedido dentro del término de cinco años previsto por el art. 12 de la ley 25 de 1.974.

Impuesta la sanción, procede su cumplimiento una vez adquiera firmeza. Si se trata de destitución o suspensión, el nominador expedirá el respectivo acto de ejecución, dentro de los diez días siguientes al recibo de la solicitud de la Procuraduría, así hayan transcurrido más de cinco años desde la comisión del último acto constitutivo de la falta.

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 Código Contencioso Administrativo, que es de tres años contados a partir del día siguiente de la ejecutoria del acto que impone la sanción”. (rayas ajenas al texto original)”

5.- Con oficio D.P.055-94 del 22 de marzo de 1994 el Procurador General de la Nación se dirigió al Presidente de la República, donde luego de referirse al concepto anterior, pidió la aplicación de la destitución solicitada contra el General Jesús Armando Arias Cabrales. Empero, *“Si fue o quiso ser tan diligente la Procuraduría por qué no cumplió con su deber insistiendo con la solicitud para que se adoptara dentro de los diez (10) días que establece la Ley para hacerlo, no tres (3) años y (6) meses después de adoptada la decisión y ocho (8) años y seis (6) meses de ocurridos los hechos? Otro error que conduce indefectiblemente a su nulidad”*.

6.- El 6 de abril de 1994 el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República comunicó al Secretario General de la misma, que no se configuraba inhabilidad alguna para los afectados con el Decreto No. 731 de 1994.

7.- El 7 de abril de 1994 el Ministro de Defensa se dirigió al Procurador para expresarle sus razones de la improcedencia de la medida, así como su inconformidad y la de la institución armada por la decisión adoptada el mismo día a través del Decreto No. 731 de 1994.

8.- En la misma fecha del hecho anterior se expide el Decreto No. 731, acatando la solicitud de la Procuraduría, esto es sancionando al General Jesús Armando Arias Cabrales con destitución (separación absoluta de las Fuerzas Militares), con anotación en la hoja de vida.

9.- El recurso formulado contra dicho decreto fue resuelto por el Señor Presidente de la República y el Ministro de Defensa el 30 de junio del mismo año, con el Decreto No. 1374, confirmando la medida.

10.- Al momento de instaurarse la demanda el Tribunal Superior Militar, en fallo confirmatorio de segunda instancia del 3 de octubre de 1994, absolvió de toda responsabilidad al General Jesús Armando Arias Cabrales.

2.- Expediente 26.832

2.1.- Las Pretensiones

A título de declaraciones en el proceso referido se pidió:

PRIMERA: Que es nula la Resolución No. 404 del 28 de septiembre de 1990 Artículos 1º, 2º, 6º, 7º, 8º y 9º, expedida por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares mediante la cual, se sancionó disciplinariamente con solicitud de Destitución (desvinculación definitiva de las Fuerzas Militares) ante el señor Presidente de la República al señor General JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES.

SEGUNDA: Que es nula la Resolución No. 438 del 24 de octubre de 1990, expedida por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, notificada personalmente al interesado el día 26 del mismo mes y año, mediante la cual, resolvió no reponer y en consecuencia confirmar en todas sus partes la Resolución No. 404 de 1990.

TERCERA: Que se ordene cancelar en la Procuraduría General de la Nación, División de Registro y Control, la anotación de la sanción de solicitud de destitución del General JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES.

CUARTA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, a título de restablecimiento del derecho, se condene a LA NACION – PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION a indemnizar al General JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES, el valor de los daños morales causados en virtud de la sanción

disciplinaria irregularmente impuesta, los que estimo en una suma equivalente de mil gramos oro.

QUINTA: Se reconocerá que este valor devengará intereses comerciales durante los primeros seis (6) meses a la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de dicho término. Los valores anteriores deberán ser reajustados al valor real al momento de cumplirse el pago, teniendo en cuenta para ello, la pérdida de valor adquisitivo certificada por el DANE”

2.2.- Los Hechos de la Demanda

Por la evidente identidad existente entre los hechos de esta demanda y los catorce hechos del acápite primero de la demanda anterior, la Sala Plena se remite a la síntesis anterior.

II.- EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Se trata del fallo dictado el 8 de agosto de 2001 por la Sala de Descongestión de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio del cual se decidió:

“**Primero.** Declárase la nulidad de los artículos 1º, 2º, 7º, 8º y 9º de la Resolución num. 404 del 28 de septiembre de 1990, expedida por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, en cuanto hacen relación con la solicitud de destitución del actor ante el Presidente de la República.

Segundo. Declárase la nulidad de la Resolución num. 438 del 24 de octubre de 1990, expedida por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, en cuanto hace relación con el actor.

Tercero. Ordénase a la Procuraduría General de la Nación, División de Registro y Control la cancelación de la anotación de la sanción de solicitud de destitución del accionante.

Cuarto. Declárase la nulidad del Decreto No. 731 del 7 de abril de 1994, expedido por el Presidente de la República, en lo que se refiere a la destitución del actor.

Quinto. Declárase la nulidad del Decreto No. 1374 del 30 de junio de 1994, expedido por el Presidente de la República, en lo que se refiere al rechazo del recurso de reposición interpuesto por el demandante.

Sexto. Ordénase la cancelación en la hoja de vida del actor de la anotación de la sanción de destitución.

Séptimo. Deniégase (sic) las demás súplicas de la demanda. (...)"

En primer lugar se ocupó el Tribunal de la legalidad de las actuaciones de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, con el fin de establecer si para el momento de iniciarse la investigación había caducado la acción correspondiente. Al efecto dijo que la acción disciplinaria se inició por petición ciudadana con auto del 26 de junio de 1988 proferido por la citada Procuraduría, contra el mencionado oficial para determinar su responsabilidad por la forma como dirigió el rescate de los rehenes durante la toma del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 por el grupo guerrillero M-19, de acuerdo con la competencia que le asignaba el artículo 12 de la Ley 24 de 1975 y según los trámites del Decreto 3404 de 1983.

Según lo dispuesto en el artículo 114 del Decreto Extraordinario No. 1776 de 1979 *"Por el cual se expide el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares"*, vigente para la época en que se inició el proceso disciplinario contra el demandado, estableció en seis (6) meses el término de prescripción de la acción disciplinaria desde la comisión de la falta, y en doce (12) meses cuando la falta constituya mala conducta. Por su parte el artículo 12 de la Ley 24 de 1975 fijó en cinco (5) años la prescripción de dicha acción, contados a partir del último acto constitutivo de falta.

Tras citar apartes del concepto No. 313 del 11 de octubre de 1989, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, el Tribunal señaló que el término “prescripción” mencionado por el artículo 2 de la Ley 24 de 1975 y por el artículo 114 del Decreto Extraordinario 1776 de 1979, equivale a caducidad de la acción. De igual forma encontró, como ya se dijo, que existen dos términos de prescripción, que el artículo 12 de la Ley 24 de 1975 (5 años) corresponde a una norma de aplicación general por la Procuraduría General de la Nación, y que el artículo 114 del Decreto Extraordinario 1776 de 1979 (6 meses) es una norma especial aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares.

Que la coexistencia de esas normas lleva a aplicar lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 sobre preferencia de la norma especial respecto de la general, lo cual se respalda igualmente en apartes del mencionado Concepto No. 313 expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación.

A la tesis formulada por la parte demandada, respecto de que en lo procedimental la norma aplicable es la Ley 25 de 1974 y su Decreto Reglamentario 3404 de 1983, y que en lo sustancial la norma aplicable es el Decreto 1776 de 1979, respondió el Tribunal que la caducidad de la acción disciplinaria es de naturaleza sustancial y que por ello cuando la Procuraduría General de la Nación adelanta una investigación contra los miembros de las Fuerzas Militares, les debe aplicar el Decreto 1776 de 1979. De lo anterior dedujo el fallador de primer grado:

“Así las cosas, para la iniciación del proceso disciplinario contra el actor, 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 artículo 12 de la Ley 25 de 1974 que lo fija en cinco (5) años, razón por la cual deberán 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, formulada como cargo por la parte actora, teniendo en cuenta que la iniciación del respectivo proceso tuvo lugar el 26 de junio de 1988, es decir transcurridos más de dos años de haber ocurrido los hechos, 6 y 7 de noviembre de 1985, por los cuales se investigó y sancionó al actor”

Los perjuicios morales reclamados fueron negados con fundamento en lo discurrido por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 20 de febrero de 1997, expediente 14.018, ya que no fueron probados los perjuicios morales que dijo el actor haber sufrido.

III.- EL FALLO SUPPLICADO

Corresponde a la sentencia dictada el 11 de febrero de 2005 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de la cual se confirmó el fallo impugnado. A esa conclusión se arribó luego de algunas disquisiciones que la Sala Plena sintetiza:

Se ocupó en primer término de establecer si la sanción disciplinaria se impuso luego de caducada la acción, es decir si ese término era de 6 meses según el Decreto 1776 de 1979, o si era de 5 años de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 25 de 1974. Con tal fin señaló que la competencia disciplinaria de la Procuraduría prevalece sobre la competencia que en el

mismo sentido tienen las demás entidades públicas, lo cual fue así aceptado por la Sección en sentencia del 23 de mayo de 2002, expediente 17142, algunas de cuyas consideraciones transcribe.

Seguidamente dijo que la normatividad vigente para la fecha en que se inició el proceso disciplinario eran la Ley 25 de 1974 *“Por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y Régimen Disciplinario y se dictan otras disposiciones”*, que en su artículo 12 fijaba el término de prescripción de la acción disciplinaria en 5 años contados a partir del último acto constitutivo de falta; el Decreto 1776 de 1979 *“Por el cual se expide el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”*, en cuyo artículo 114 se fijaba en 6 meses el término de prescripción de la acción disciplinaria, contados desde la comisión de la falta, término que se elevaba a 12 meses cuando la causal fuera mala conducta; el Decreto 0085 de 1989 *“Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”*, mediante el cual se elevaron los términos de prescripción señalados en el decreto anterior a 1 y 3 años respectivamente (Art. 108), derogando además las disposiciones que le fueran contrarias del Decreto 1776 de 1979 (Art. 219); y la Ley 13 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 fijó en 5 años el término de prescripción de la acción disciplinaria (Art. 6).

El Ministerio Público recibió tanto de la Constitución de 1886 como de la promulgada en 1991, la atribución de ejercer control sobre la conducta de los empleados públicos, razón por la cual puede adelantar las investigaciones del caso e imponer las sanciones correspondientes. Si decide adelantar la

investigación *“debe estarse al procedimiento que le es propio, es decir, al de la Ley 25 de 1974”*. En lo atinente a las faltas y sanciones deben aplicarse las normas del régimen especial que rige al disciplinado, como así sucedió en el caso debatido, donde al General Arias Cabrales se le imputaron como normas violadas los artículos 19 y 71 del Decreto 1776 de 1971. De esto dedujo la Sección Segunda:

“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”

Buscó enseguida la Sección Segunda establecer si la Procuraduría General de la Nación había respetado ese término de prescripción. Encontró que la Resolución 404 del 28 de septiembre de 1990, contentiva de la sanción disciplinaria impuesta al accionante por la Procuraduría, fue notificada el 11 de octubre de 1990, y que la Resolución 438 del 24 de octubre de 1990, por medio de la cual se decidió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, se notificó el 26 de octubre de 1990, concluyendo de allí:

“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 (sic) , 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”

Establecida la improsperidad del cargo anterior la Sección Segunda abordó el examen de los cargos restantes, que si bien no fueron estudiados en el fallo de primer grado, sí podían conocerse por la plena competencia que tenía al haberse apelado el fallo por ambas partes.

Fijó enseguida el objeto de estudio, consistente en las imputaciones que la Procuraduría le hizo al accionante porque desde su condición de Comandante de la Décima Tercera Brigada del Ejército dio *“...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...”*; conducta que según el pliego de cargos dio lugar a la violación de los artículos 19 y 71 secciones A, B, F y O del Decreto 1776 de 1979, o como lo dice la propia Resolución 404 de 1990:

“Resulta, en consecuencia, por parte del Oficial inculpado, 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 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 éstas.

3.- La Ley 5ª de 1960, aprobatoria de los Convenios de Ginebra, vigentes 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...”

Recordó la Sección Segunda que tres cargos se formularon contra los actos demandados: (i) Violación del derecho de defensa y de los principios del debido proceso; (ii) Desvío de poder, y (iii) Falsa motivación – Falta de tipicidad de la sanción. Ellos fueron abordados así:

1.- Violación del debido proceso:

Aquí planteó el accionante la inexistencia de pliego de cargos, puesto que el oficio 3342 de junio 27 de 1989, que le fue remitido por la Procuraduría con el oficio 3343 de la misma fecha, no era explícito en hacerle saber que en su

contra se seguía una investigación disciplinaria, sino que se trataba de *“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”*. Tal circunstancia le impidió conocer los cargos que se le imputaban, como también rendir los descargos y aportar las pruebas para su defensa.

El planteamiento es desestimado por la Sección Segunda porque ese documento sí es un pliego de cargos, dado que allí la Procuraduría describió los hechos en cuestión y le precisó las faltas en que pudo haber incurrido, así como habersele indicado las normas que presuntamente había vulnerado. Y agregó:

“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 remisario 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”

2.- Desvío de poder:

La desviación de poder la explica el accionante en que *“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”*, pues lo que se pretendía, como fuera, era hallar un responsable por los lamentables hechos del Palacio de Justicia. La Sección Segunda desestimó el planteamiento con base en la propia declaración del Dr. Alfonso Gómez Méndez, Procurador General de la Nación de la época, quien según el actor impartió la orden al Procurador Delegado ante las Fuerzas Militares que impusiera la sanción de separación del servicio. La versión del testigo fue digna de todo crédito, pues hallaba respaldo en prueba documental que daba soporte a sus afirmaciones en torno a que el Procurador Delegado, Dr. Manuel Salvador Betancur, no fue objeto de presiones por parte del Procurador General para que decidiera en determinado sentido, máxime cuando la salida del Delegado ocurrió luego de que el mismo formulara pliego de cargos, siendo luego impuesta la sanción por un Procurador Delegado que no denunció ninguna presión.

3.- Falsa motivación – Falta de tipicidad de la sanción:

Recuerda el Tribunal que para el demandante el cargo se configura porque la violación de los artículos 19 y 71 del Decreto 1776 de 1979 la basó la Procuraduría en hechos *“amañados y contrarios a la realidad”* y porque no hubo proporcionalidad al imponer la sanción. De igual manera en que la Procuraduría consideró que la prioridad del demandante y las Fuerzas

Militares no fue poner a salvo la vida de los rehenes sino someter al grupo guerrillero, empleando armamento que aumentaba el riesgo de las víctimas (tanques cascabel y urutú con ametralladoras MAG 7.62 mm).

Luego de examinar el contenido de la certificación jurada rendida por el demandante sobre la acción militar cumplida dentro y fuera del Palacio de Justicia, acatando lo dispuesto en el oficio No. 005478 del 19 de diciembre de 1986 expedido por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, se hizo referencia al Reglamento para el Servicio de Tropas en Orden Público, en el cual se dan las pautas a seguir en operaciones similares a las cuestionadas, como igualmente se citaron apartes de los testimonios rendidos por el Dr. Samuel Buitrago y por el Dr. José Gabriel Salom Beltrán, para con base en ello afirmar la Sección Segunda que los oficiales que participaron en la recuperación del Palacio de Justicia hicieron un planeamiento conjunto de la operación, se estudiaron los puntos críticos y se actuó de acuerdo con los manuales. Todas las pruebas analizadas contradicen las conclusiones a que llegó el organismo de control *“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”*.

Dedujo la Sección Segunda del material probatorio recopilado, que fue el M-19 quien dio inicio a los violentos hechos del Palacio de Justicia, siendo legítima la respuesta de la Fuerza Pública, que inició un lento proceso de recuperación, ocupando el primer piso y rescatando a los primeros civiles ajenos a la contienda armada. El ataque organizado por ese grupo guerrillero lo era contra el sistema mismo, de modo que el empleo de la fuerza no se le puede enrostrar por ser consustancial a su deber de defender el orden constitucional. También arguyó la Sección Segunda:

“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”

Resultó suficiente lo anterior, junto con una cita textual del informe rendido por el Tribunal Especial de Instrucción integrado a instancia del Gobierno Nacional, para que se concluyera en el fallo de segunda instancia, que se *“impone confirmar la decisión del Tribunal de anular los actos acusados, pero por motivos diferentes a los expresados en el fallo”*. También se decidió confirmar la negativa a la reparación de daños morales por no haber sido probados; si bien se aportaron declaraciones extrajuicio, ellas no fueron ratificadas tal como lo exige el artículo 229 del C. de P. C. No se comparte la tesis del actor en el sentido de que el daño es un hecho notorio, ya que recae en quien afirma la carga de probar tales supuestos de hecho. Por último se destaca de la providencia:

“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”

IV.- EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA

La apoderada judicial de la Procuraduría General de la Nación formuló como causal del Recurso Extraordinario de Súplica la de Falta de Aplicación de una Norma Sustancial, apoyada en las siguientes razones:

1.- En primer lugar acusa falta de aplicación del artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, aprobados mediante la Ley 5ª de 1960. Señala que en el “Holocausto del Palacio de Justicia” el operativo militar fue dirigido por el entonces Brigadier General Jesús Armando Arias Cabrales, presentándose un alto número de civiles muertos y desaparecidos, por los que el Estado Colombiano debió responder patrimonialmente. No puede considerarse acéfala la responsabilidad por la violación al Derecho Internacional Humanitario y cuando se vean involucradas víctimas civiles han de primar las medidas dirigidas a garantizar su protección. La responsabilidad del Estado Colombiano y sus agentes quedó establecida con la sentencia del 26 de febrero de 1996, expediente 11.086, dictada por la Sección Tercera de esta Corporación, y como se dijo queda materializada con la falta de protección de las víctimas en los conflictos internos.

2.- Dice presentarse falta de aplicación del Decreto 1776 de 1979 artículo 71 Sección F) literales k) y o). Luego de consignar el contenido literal de tales faltas contra el servicio y de los cargos formulados contra el accionante, señaló la apoderada que en el fallo suplicado se reconoció: a) Que la prescripción se rige por los artículos 12 de la Ley 25 de 1974 y 6 de la Ley 13 de 1984 (5 años); b) Que el pliego de cargos formulado por la Procuraduría mediante oficio 3342 de junio 27 de 1989 cumple lo previsto en la Ley 25 de 1974 artículo 18; c) Que la competencia y procedimientos aplicados por la

Procuraduría (Ley 25 de 1974 y Ley 13 de 1984), fueron los correctos; d) Que no se presentó desviación de poder porque el Procurador Delegado fue declarado insubsistente antes de expedirse el fallo sancionatorio.

Que pasando a abordar el cargo relativo a la falsa motivación el fallo suplicado decidió la nulidad del acto enjuiciado tras considerar que no se le podía exigir al sancionado el cese al fuego porque así no se lo había ordenado el Presidente de la República, exigencia que la Procuraduría niega haber formulado, por el contrario *“sí obtuvo diferentes pruebas testimonias (sic) sobre el hecho de que la dirección y ejecución del operativo, así como las decisiones concretas y específicas fueron tomadas por el Comandante”*, lo cual se ajusta a la causal prevista en el literal o) de la Sección F del artículo 71 del Decreto 1776.

Debe distinguirse, además, la responsabilidad política, que para el sub lite adelantó la Cámara de Representantes según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 102 de la Constitución de 1886, cuyos resultados no tienen incidencia en la investigación disciplinaria promovida contra el accionante. Citando apartes de los argumentos dados por el accionante en su escrito de reposición presentado contra la Resolución 404 de 1990, relativos al acatamiento de la orden superior impartida por el señor Presidente de la República, dice la suplicante que no puede entenderse que las actuaciones del demandante sustituyen las instrucciones dadas por el primer mandatario, agregando:

“Tal y como se estableció en el proceso disciplinario, el desarrollo de las operaciones para el rescate de los rehenes y (sic) fueron asumidas por el General ® Jesús Armando Arias Cabrales, ni a las jerarquías castrenses en el desarrollo de las instrucciones que él impartía, mientras una y otro se ajusten a la preceptiva

constitucional, a las reglas del Derecho Internacional Humanitario, al respeto debido por la dignidad de las personas y a la preservación íntegra de sus derechos fundamentales.

No se descarta, desde luego, que un juez adopte en casos extraordinarios decisiones que puedan ser contrarias al orden jurídico en vigor. En tales eventos, la conducta apropiada no es el desacato a lo dispuesto en la sentencia, que debe cumplirse, sino el uso de los recursos judiciales correspondientes, que, para el caso de la tutela, consisten en la impugnación del fallo de primera instancia...

En tal sentido, **al dejar de aplicar la norma**, el juzgador incurrió en un protuberante yerro que lo condujo a estimar que no existe responsabilidad disciplinaria por parte del demandante y que en consecuencia los actos administrativos proferidos por este organismo de control adolecen de falsa motivación y declara su nulidad”

Por último, tilda de contradictoria la posición del fallo suplicado al omitir el estudio de los cargos relacionados con el manejo del personal retenido una vez cesó la toma, con base en la sentencia que recientemente había proferido la Sección Tercera, pues aunque se reconoció la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano, la sentencia aquí impugnada sólo contribuye a la impunidad, debilitando la posibilidad de lograr la justicia y la verdad a nivel interno.

V.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En su escrito de alegato el apoderado judicial de la parte accionante hizo, en su primera parte, una síntesis de la parte resolutive de lo decidido con los fallos proferidos en las instancias, destacando que el fallo suplicado confirmó el de primera instancia tras hallar demostrado el cargo por Falsa Motivación y Falta de Tipificación de la Sanción. En la segunda parte, el libelista recoge la cita literal de las normas que para la parte recurrente fueron violadas por falta de aplicación, agregando que las consideraciones del fallo retomadas por el

propio suplicante demuestran la inexistencia de la alegada violación de normas sustanciales.

La tercera parte del escrito se dedica a señalar que el recurso no satisface las exigencias técnicas identificadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado *“pues en ningún momento la recurrente realizó actividad alguna, en la que de manera dialéctica y mediante el despliegue de una argumentación lógica haya podido demostrar la incurrencia del juzgador en uno de los denominados errores juris in judicando”*. Pretende la apoderada recurrente con su argumentación imprecisa, dice el apoderado, revivir el debate probatorio que se superó con las argumentaciones dadas en el fallo suplicado, invocándose al efecto apartes de la sentencia Q-063 del 4 de agosto de 1999, proferida por esta Sala Plena.

En la cuarta parte del escrito de alegatos se reitera que la acusación *“no realiza exposición clara y precisa de las razones o motivos que de acuerdo con los cargos formulados configuran en cada caso la infracción”*. No es satisfactoria la argumentación del recurso, que en algunos apartes cita literalmente, en cuanto a su debida formulación, y si bien allí se hacen afirmaciones ciertas, como la existencia de víctimas inocentes, ello no se puede imputar al conductor del operativo de rescate, como así lo estableció el Consejo de Estado en la sentencia impugnada, debido a que se demostró que las Fuerzas Militares sí cumplieron su función de tratar de preservar la vida de los civiles involucrados en el insuceso del Palacio de Justicia, protección que desafortunadamente no fue posible para la totalidad de rehenes. Seguidamente citó el libelista algunos apartes de la valoración que de los medios de prueba hizo el Consejo de Estado, para luego recalcar lo infundado del recurso por no demostrarse dialécticamente el concepto de la violación, señalando además:

“Lo realmente probado, es precisamente lo afirmado por el H. Consejo de Estado – sección segunda, en la sentencia recurrida, parte de la cual ha sido transcrita en precedencia por este apoderado, denotándose además que las afirmaciones del H. Consejo, se encuentran respaldadas en testimonio (algunos de los cuales fueron parcialmente transcritos), lo que implica que las afirmaciones de la recurrente, no tengan vocación de prosperidad, no solo por carecer del rigorismo que la ley y la jurisprudencia exigen, sino porque además, incurren en el yerro tantas veces criticado por la jurisprudencia, de desconocer el debate probatorio efectuado en la segunda instancia, y pretender convertir el recurso en una tercera instancia lo que resulta jurídicamente inadmisibles”

En su quinta y última parte el alegato de la parte accionante muestra su disconformidad con la afirmación vertida en la súplica sobre que *“Mal puede considerarse que la responsabilidad judicialmente decretada en cabeza del estado, justamente por violaciones al derecho internacional humanitario, adolezca de personificación”*, puesto que la responsabilidad del Estado puede ser de naturaleza objetiva sin que ello implique su traslado automático a sus agentes, frente a quienes deben demostrarse otros elementos, que al no haber sido acreditados respecto del disciplinado, condujeron a la nulidad declarada por la Sección Segunda.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado rindió su concepto solicitando la infirmación del fallo proferido el 11 de febrero de 2005 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, para lo cual expuso lo siguiente:

En sus consideraciones el colaborador fiscal parte por preguntarse si la apreciación jurídica realizada por la Sección Segunda *“sea válida a la luz de*

la necesidad del reconocimiento del Derecho Internacional Humanitario?” o si las normas del Derecho Internacional Humanitario o del Régimen Disciplinario Especial de las FF.MM., “¿no fue objeto de análisis crítico y de ponderación a tiempo de deducir que los actos disciplinarios habían incurrido en falsa motivación y en falta de tipicidad de la sanción?”. La respuesta a tales interrogantes la suministra bajo un análisis que en primer lugar cita literalmente el contenido del auto de cargos contenido en el Oficio 3342 de junio 27 de 1989. En segundo lugar, se refirió a algunas apreciaciones dadas en el fallo suplicado sobre la actuación planificada y coordinada del operativo por parte de las Fuerzas Militares, que tuvo por fin repeler el feroz ataque del grupo M-19, con apego a un manual de operaciones, pero sin “examinar la falta de tipicidad de la sanción que acompañaba a la anterior como causal de anulación de los actos disciplinarios sancionatorios, ni menos la figura jurídica de la civilidad en el enfrentamiento”.

En su tercera parte el escrito del Procurador Delegado trata el tema relacionado con el Derecho Internacional Humanitario, señalando que en la Resolución 404 de septiembre 28 de 1990 de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, se le endilgó al oficial del Ejército la violación de los Convenios de Ginebra, aprobados mediante Ley 5ª de 1960. Luego de citar algunas definiciones y conceptos de la Cruz Roja y de tratadistas sobre la materia, sostiene el memorialista que dichas normas deben interpretarse, no de manera aislada, sino en armonía con los principios y normas que rigen los conflictos armados internacionales, así se trate de conflictos internos pues se trata del ius cogens. Recuerda que en el derecho constitucional Colombiano tales normas se advierten desde el artículo 91 de la Constitución de 1863, luego en el artículo 121 de la Constitución de 1886, citando finalmente apartes de la sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional, todo lo cual precede a la afirmación de que el artículo 3 común a los Cuatro

Protocolos de Ginebra de 1949, adoptado por la Ley 5ª de 1960, corresponde a una norma legal, cuya inaplicación conduce a la revocación de la sentencia suplicada.

En su cuarta parte, que trata sobre las fallas del servicio y la relación con el empleo del implicado, aduce el libelista que es abundante la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la innegable falla del servicio por omisión por parte de la fuerza pública en los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985 por la toma del Palacio de Justicia, pronunciamientos en que se aceptó la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario (Cita la referencia de un número importante de fallos). Por último se dijo:

“Para el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de noviembre de 2.004, dictada dentro del expediente 2532 de 2.003, C.P. Dra. **ANA MARGARITA OLAYA FORERO**, el empleo se relaciona con las funciones a realizar, en la persona del empleado público que lo ocupa, las responsabilidades que se le asignan y los requisitos para acceder al destino oficial.

Si las necesidades permanentes de la Administración se confunden con los fines esenciales del Estado, como debe ser y en efecto lo es, es inconcebible que se predique un fin ilícito y una necesidad que se torna antijurídica por la interpretación subjetiva que de su ejecución efectúa quien tiene la obligación de atenderla y, por lo tanto, de someterse a la Ley.

Así mismo, resulta a todas luces inaceptable desligar la responsabilidad del Estado, como nominador, por falla del servicio en su actividad de vigilancia y de manejo en la toma del Palacio de Justicia, de la responsabilidad del principal agente estatal que tuvo a cargo la recuperación.

La persona natural al servicio del Estado es quien en la realidad, en la práctica, adelanta las gestiones, ejecuta los hechos y dispone de su mejor inteligencia para el cubrimiento de los deberes encomendados, pero toda esta labor ha de estar enmarcada en la juridicidad, no siendo permitido la creación de comportamientos extraños al mismo rigor jurídico, así se escude

en la defensa de un mejor derecho, o en una necesidad no prevista por la ley que gobierne el asunto en particular”

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer del presente Recurso Extraordinario por así disponerlo el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998 artículo 57, e igualmente porque para que pasara al conocimiento de las Salas Transitorias de Decisión creadas por la Ley 954 de 2005, se requería que a la fecha de su entrada en vigencia se hubiera proferido el auto admisorio del recurso, lo cual no había ocurrido en el sub lite.

2.- Problema Jurídico

Compete a la Sala Plena adelantar el examen de legalidad a la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el día 11 de febrero de 2005, mediante la cual se confirmó el fallo dictado el 8 de agosto de 2001 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, que a su vez había declarado la nulidad de las Resoluciones Nos. 404 y 438 de septiembre 28 y octubre 24 de 1990, proferidas por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, y de los Decretos Nos. 731 y 1374 de abril 7 y junio 30 de 1994, dictados por el Presidente de la República, mediante los cuales se impuso al General ® Jesús Armando Arias Cabrales la sanción de Separación de Manera Absoluta de las Fuerzas Militares, por los resultados del operativo que condujo a la recuperación del Palacio de Justicia, tomado

violentamente por el grupo subversivo M-19 durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

Dado que la Sección Segunda de esta Corporación emitió la sentencia confirmatoria por razones distintas a las esgrimidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, esto es por haberse demostrado el cargo denominado Falsa Motivación – Falta de Tipicidad de la Sanción, el reparo por supuesta falta de aplicación del artículo 3 común de Los Convenios de Ginebra *“Aprobados por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger las víctimas de la guerra, el 12 de agosto de 1949”*, incorporado en el ordenamiento interno por la Ley 5ª de 1960, y de los literales k) y o) de la Sección F del artículo 71 del Decreto Ley 1776 de 1979, será estudiado teniendo como parámetro de comparación el contenido normativo de estas disposiciones y lo dicho por el Consejo de Estado en el fallo suplicado, sin perder de vista en esa labor la naturaleza excepcional del Recurso Extraordinario de Súplica.

3.- El Recurso Extraordinario de Súplica y el caso concreto

En el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, estaba consagrado el Recurso Extraordinario de Súplica bajo los siguientes parámetros:

“El recurso extraordinario de súplica, procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por cualquiera de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado. Es causal del recurso extraordinario de súplica la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas. Los miembros de la Sección o Subsección falladora estarán excluidos de la decisión, pero podrán ser oídos si la Sala así lo determina.

En el escrito que contenga el recurso se indicará en forma precisa la norma o normas sustanciales infringidas y los motivos de la infracción; y deberá interponerse dentro de los veinte (20) días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia impugnada, ante la Sección o Subsección falladora que lo concederá o rechazará (...)

1

Como se podrá advertir, la naturaleza extraordinaria o excepcional del recurso en cuestión viene marcada por varias razones. Una de ellas la constituye su objeto. En efecto, dicho recurso se concibió por el legislador con el ánimo de controlar la legalidad de las sentencias, que estando debidamente ejecutoriadas, hubiera proferido cualquiera de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, es decir se trata de un juicio a la legalidad que presumidamente acompaña a cada una de las sentencias, el cual debe ser la resultante de un proceso de comparación entre ese pronunciamiento jurisdiccional y las normas que se dicen infringidas, sin que ello pueda interpretarse como la apertura de una instancia adicional para ventilar el caso debatido o para volver a realizar una valoración de los medios de prueba que oportuna y regularmente fueron recaudados en las instancias.

Igualmente es excepcional por las finalidades que se persiguen con el mencionado recurso. Una de ellas, contribuir a la realización del derecho sustancial, que como se vio se trata de las únicas normas que pueden ser objeto de acusación. También se endereza el recurso al restablecimiento de

¹ *El Recurso Extraordinario de Súplica fue expulsado del ordenamiento jurídico por la Ley 954 del 27 de abril de 2005 "Por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia", publicada en el Diario Oficial 45.893, ya que en su artículo 2º dispuso la derogatoria expresa del artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998. Sin embargo, bajo el principio de la ultractividad de las leyes, la norma derogada sigue teniendo vigencia frente a los casos particulares que oportunamente se formularon.*

los derechos subjetivos que hayan sido desconocidos con una sentencia de cualquiera de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado; e igualmente apunta a la unificación de la jurisprudencia de la Corporación, uniformidad que procura a su vez la realización de principios constitucionales como el de la igualdad, al propiciar que el mismo tratamiento judicial sea impartido a los casos que sean análogos entre sí.

También es de naturaleza excepcional el Recurso Extraordinario de Súplica porque su procedencia únicamente puede darse por una única causal, consistente en la *“violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas”*. Se advierte así el carácter restrictivo del recurso, como quiera que únicamente son admisibles los errores *iuris in iudicando*, es decir los desaciertos que en determinado momento pueda cometer el operador jurídico respecto de las normas jurídicas de naturaleza sustancial, los cuales deben producirse en forma directa o sin intermediación alguna, aspecto que ratifica la confrontación directa que debe llevarse a cabo entre el fallo enjuiciado y las normas sustanciales invocadas con el recurso.

Desglosando la fórmula gramatical anterior se observa que de peculiar tiene el Recurso bajo estudio el carácter directo de la infracción que se denuncia, ingrediente que plantea una limitante importante a la acusación, en la medida que sólo son de recibo los reparos que se apoyen en el cotejo directo entre norma invocada y fallo suplicado, circunstancia que imposibilita realizar ese estudio con el auxilio de otras normas o argumentos, e incluso del material probatorio recabado en las instancias. Si la parte suplicante deduce la violación de razones que superen la mera comparación entre normas sustanciales invocadas y el fallo atacado, ha de decirse que no se estará frente a una violación directa, sino que por el contrario lo planteado es un

error facti in iudicando que no puede ser abordado aquí por ubicarse más allá de los límites de la causal autorizada; además, también resulta indirecta la acusación si el reproche se dirige contra la valoración de los medios de prueba regular y oportunamente aportados al proceso, ya que la violación pasaría por el paso intermedio de la valoración de las pruebas. La jurisprudencia de la Corporación ha dicho al respecto:

“No son admisibles las acusaciones de carácter general al contenido del proceso, ni la invocación general de las leyes o estatutos para formular los cargos, **como tampoco el examen y valoración de elementos probatorios, pues si así fuera, la violación sería indirecta**”² (Las negrillas no son del original)

Además, la violación directa de normas sustanciales tan solo puede producirse bajo tres modalidades, como son la falta de aplicación, la aplicación indebida y la interpretación errónea. Al respecto se ha dicho por el Consejo de Estado:

“Los motivos que permiten tipificar la causal única de súplica prevista como la violación directa de norma sustancial, se configuran según la ley, bajo los siguientes conceptos: **aplicación indebida, cuando la norma se aplica sin ser pertinente al caso debatido; falta de aplicación, cuando siendo pertinente el precepto legal al caso controvertido dejó de aplicarse; interpretación errónea, cuando siendo la norma pertinente al caso debatido se interpretó equivocadamente y con base en esa interpretación se aplicó al caso.** De otra parte, entre las infracciones denunciadas y la sentencia suplicada debe haber una relación causal, es decir que los errores en la aplicación de la ley que se denuncian, cualquiera sea el concepto de la infracción,

² Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia S-614 del 25 de mayo de 2004. Actor: Pablo Miguel Suárez Rodríguez. Demandado: Dirección General de la Policía Nacional. C.P. Dra. Ligia López Díaz. Sobre el particular puede consultarse, entre otros pronunciamientos, la sentencia S-635 de la misma fecha. Actor: Giovanni José de la Hoz Mercado. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional. Con ponencia del Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

deben ser determinantes en la decisión adoptada por el fallador, puesto que la finalidad de la súplica extraordinaria es que se verifique la conformidad o inconformidad del fallo impugnado con la norma o normas sustanciales que constituyen o deban constituir la base esencial del mismo. De acuerdo con lo anterior, obliga al recurrente no solo señalar en el recurso las normas sustanciales que considera infringidas por el fallo, sino además la exposición clara y precisa de las razones o motivos que de acuerdo con los cargos formulados configuran en cada caso la infracción, pues solo en la medida en que demuestre, mediante una adecuada confrontación, cómo la sentencia incurrió en quebranto de las normas sustanciales, puede llegar a deducirse si el error del fallador recae sobre la existencia de la norma (falta de aplicación), la selección de la norma aplicada (aplicación indebida), o haber dado al supuesto de hecho o a la consecuencia jurídica un sentido distinto del que tiene (interpretación errónea)”³

Cada una de las modalidades de violación directa de normas sustanciales responde a sus propias peculiaridades. Así, por indebida aplicación se comprende la falta de armonía temática entre el caso debatido y la norma jurídica que el juzgador decide hacer obrar para el caso concreto, situación equivalente a dar solución a un conflicto jurídico con fundamento en una norma que nada tiene que ver con el mismo. La falta de aplicación supone la situación contraria; es decir, pese a existir una norma jurídica cuyos supuestos de hecho se ajustan al caso puesto a consideración del juzgador, éste decide no aplicarla. Y por último, la interpretación errónea supone la existencia de un caso y una norma que se identifican por sus supuestos de hecho y de derecho, donde el hermeneuta al realizar la sindéresis de la norma jurídica acude a una lectura equivocada, llevando a que se produzca un efecto jurídico que dista de estar comprendido en la misma norma.

³ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de abril 25 de 2000. Expediente No. S-295. C.P. Dr. Daniel Manrique Guzmán.

Luego de estas directrices procede la Sala a examinar el cargo único que se propuso por la Procuraduría General de la Nación, quien obra como suplicante.

Cargo Único: Violación directa por falta de aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y de los literales k) y o) de la Sección F) del artículo 71 del Decreto Ley 1776 de 1979

El Procurador General de la Nación tacha de ilegal la sentencia dictada el 11 de febrero de 2005 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, pues considera que se dejaron de aplicar las siguientes normas jurídicas:

El artículo 3 común de Los Convenios de Ginebra *“Aprobados por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger las víctimas de la guerra, el 12 de agosto de 1949”*, incorporado en el ordenamiento interno por la Ley 5ª de 1960, que dispone:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1.-) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a.-) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b.-) La toma de rehenes;
- c.-) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d.-) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2.- Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras partes del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”

Y, el Decreto Ley 1776 del 27 de julio de 1979 *“Por el cual se expide el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”*, que en el artículo 71, que hace parte del Capítulo II *“Clasificación de las faltas”*, que a su vez integra la Tercera Parte *“De las faltas”*, enseña:

“Artículo 71.- Son faltas contra la disciplina las que se clasifican y enumeran a continuación: ...

f) Contra el servicio.

Sección F – Contra el servicio

Las principales faltas contra el servicio son:...

k) No registrar en los libros o documentos los hechos o novedades pertinentes al servicio o hacerlo maliciosamente omitiendo datos o detalles para desvirtuar la verdad de lo ocurrido u ordenado. (...)

o) Demostrar negligencia o eludir responsabilidad en asuntos técnicos, así como la falta de responsabilidad en el desempeño de las funciones propias. (...)"

La falta de aplicación del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra la fundamenta el señor Procurador General de la Nación en que el operativo militar que condujo el General ® Jesús Armando Arias Cabrales durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985, para recuperar el Palacio de Justicia que violentamente se había tomado una facción del movimiento guerrillero M-19, arrojó un número considerable de muertos y desaparecidos, víctimas éstas que al amparo del Derecho Internacional Humanitario debieron ser protegidas; además, la responsabilidad patrimonial a que fue condenado el Estado Colombiano no puede dar lugar a que la responsabilidad disciplinaria quede acéfala, sobre todo porque en la sentencia del 26 de febrero de 1996, expediente 11.086, de la Sección Tercera de esta Corporación quedó definida la responsabilidad por la falta de protección de las víctimas en conflictos internos.

Sustenta el recurrente la falta de aplicación de los literales k) y o) de la Sección F) del artículo 71 del Decreto Ley 1776 de 1979, en que respecto del cargo de falsa motivación la Procuraduría nunca adujo que el demandado debió recibir la orden del Presidente de la República de cese al fuego, por el contrario señaló que existían diferentes pruebas que demostraban que la dirección y ejecución del operativo estuvo a cargo del mencionado oficial. Los resultados del juicio político que adelantó la Cámara de Representantes no tienen ninguna incidencia en la investigación disciplinaria seguida al accionante.

La labor de establecer la supuesta ilegalidad del fallo censurado, sólo puede ser el fruto de confrontar la sentencia de febrero 11 de 2005 con las normas invocadas, haciéndose necesario precisar el sentido de la decisión, pero más importante aún, sus razones.

En dicha sentencia la Sección Segunda confirmó el fallo de primera instancia, aunque por distintas razones. En cuanto a la caducidad de la acción que halló probada el fallador de primer grado, sostuvo el fallo suplicado que dada la competencia prevalente de la Procuraduría General de la Nación, cuando ésta decidía asumir el conocimiento de asuntos disciplinarios seguidos contra miembros de las Fuerzas Militares, debe ceñirse al procedimiento previsto en el Decreto Ley 1776 de 1979, pero que el término de caducidad se rige por lo previsto en la Ley 25 de 1974 *“Por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y Régimen Disciplinario y se dictan otras disposiciones”*. Así las cosas, el término de prescripción de cinco años previsto en su artículo 12 para la acción disciplinaria, no se había cumplido en el sub lite, dado que entre la fecha de ocurrencia de los hechos (noviembre 6 y 7 de 1985) y la fecha de notificación de la Resolución 438 de octubre 24 de 1990, confirmatoria de la Resolución 404 del mismo año dictada por la Procuraduría, no habían pasado los cinco años requeridos para el fenómeno extintivo.

Los cargos denominados Violación del Debido Proceso y Desvío de Poder también fueron desestimados. El primero, porque resultó ser cierto que el oficio 3342 de junio 27 de 1989 sí contenía un pliego de cargos y que así se le hizo saber al disciplinado, quien incluso ejerció su derecho a la defensa solicitando la práctica de pruebas. En cuanto a la Desviación de Poder dijo la Sección Segunda que su improsperidad derivó del hecho de no haberse

demostrado que el Procurador General de la Nación de la época, hubiera ordenado a su Procurador Delegado para las Fuerzas Militares que debía imponer la sanción a toda costa.

Ahora bien, el cargo que para la Sección Segunda resultó demostrado corresponde al de Falsa Motivación – Falta de Tipicidad de la Sanción. Su éxito estuvo atado, por completo, a la valoración de diferentes medios de prueba, con los cuales se desmintió la motivación de los actos administrativos demandados y que fueron expedidos por la Procuraduría General de la Nación, donde este organismo consideró que la conducción del operativo no tuvo por fin primordial proteger la vida de los rehenes sino el de someter al grupo guerrillero, tanto que se empleó armamento de alto poder ofensivo como tanques Cascabel y Urutú, dotados de ametralladoras MAG 7.62 mm. Tan cierto es que la prosperidad del cargo se sujetó a la valoración de los medios de prueba que el análisis que allí se emprendió estuvo precedido de la siguiente introducción:

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

Los elementos de prueba que tuvo en cuenta para su valoración la Sección Segunda corresponden a:

- 1.- Certificación jurada rendida por el demandante en cumplimiento del oficio No. 5478 de diciembre 19 de 1986 expedido por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, donde el General ® Jesús Armando Arias Cabrales hace una descripción de las acciones desplegadas por las Fuerzas Militares para recuperar el edificio, señalando la posición ventajosa que para el ataque tenía la subversión y cómo ello obligó a utilizar un vehículo

blindado para que a su sombra ingresaran efectivos de la Fuerza Pública, quienes lograron desactivar explosivos instalados por la subversión en el sótano del edificio.

2.- 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”*.

3.- Como lo dijera la propia Sección Segunda, se contó con *“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...”*.

4.- Declaración de los doctores Samuel Buitrago y José Gabriel Salom Beltrán, quienes en condición de rehenes vivieron los cruentos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia.

La valoración de estos medios de prueba permitió a la Sección Segunda inferir:

“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, rebate 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

violentemente el Palacio, estuvo enmarcada dentro de lo que le dictaban los reglamentos militares de operación”

Más adelante señaló el fallo:

“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”

Finalmente extrajo la Sección Segunda de las pruebas:

“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 implica 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 de edificio”

La anterior síntesis de las consideraciones en que se apoyó la Sección Segunda del Consejo de Estado para demostrar la prosperidad del cargo denominado Falsa Motivación – Falta de Tipicidad de la Sanción, pone de relieve que la legalidad de lo decidido en la sentencia del 11 de febrero de 2005 se cimenta, por completo, en la valoración de los distintos medios de

prueba que fueron incorporados al expediente, es decir que fue la apreciación de las pruebas la que arrojó como resultado la conclusión de haberse apoyado la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares en una falsa motivación para expedir la Resolución No. 404 del 28 de septiembre de 1990, confirmada mediante la Resolución No. 438 del 24 de octubre del mismo año, puesto que el General ® Jesús Armando Arias Cabrales no había incurrido en ninguna de las faltas disciplinarias que el Ministerio Público encontró probadas.

Así las cosas y dado que por el Recurso Extraordinario de Súplica se debe llevar a cabo un examen de legalidad a los fallos de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, es claro que el estudio de la presunción de legalidad de la sentencia dictada el 11 de febrero de 2005 implicaría nueva valoración de los medios de prueba tomados en consideración por el fallador de segundo grado y que sustentaron su decisión invalidatoria de los actos administrativos enjuiciados.

Aunque la entidad suplicante acusa violación del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, incorporados al ordenamiento interno Colombiano por la Ley 5ª de 1960, porque el General ® Jesús Armando Arias Cabrales no tomó en cuenta la necesaria protección a las víctimas del conflicto interno al momento de planificar y ejecutar la operación militar que condujo a la retoma del Palacio de Justicia en los lamentables sucesos de los días 6 y 7 de noviembre de 1985, resulta innegable que la violación de esa norma del Derecho Internacional Humanitario, por falta de aplicación, sólo podría establecerse con fundamento en las revelaciones que del material probatorio surgieran. Lo mismo ocurre con las conductas disciplinables previstas en los literales k) y o) de la Sección F) del artículo 71 del Decreto Ley 1776 de 1979 *“Por el cual se expide el Reglamento de Régimen*

Disciplinario para las Fuerzas Militares”, constitutivas de faltas contra el servicio por parte de los miembros de las Fuerzas Militares.

Adviértase que tanto las normas del Derecho Internacional Humanitario como las faltas disciplinarias invocadas por el suplicante como inaplicadas, describen conductas humanas jurídicamente reprochables; aquéllas porque recaen sobre comportamientos que agreden los sentimientos de humanidad al tratarse de las víctimas del conflicto interno cuyos derechos a la neutralidad, integridad física y a la vida misma pueden resultar violentados cuando los actores de ese conflicto no garantizan sus derechos, y éstas porque se trata de conductas cometidas por miembros de la Fuerza Pública que eventualmente pueden estar vulnerando los mismos derechos ya sea por acción u omisión. Con todo, lo que subyace en las normas son unos supuestos de hecho, que como tales están sujetos a la carga de la prueba, a la necesaria acreditación de que en efecto ocurrieron, pues no se trata de hechos exentos de prueba; y, al darse esta circunstancia, la acusación por supuesta violación de tales normas, en el contexto del recurso extraordinario de súplica, sólo sería posible a condición de adelantar nuevo examen de los medios de prueba que en su oportunidad arribaron al proceso.

Al resultar que cualquier violación a esas normas por falta de aplicación sería el producto de entrar a examinar lo que las pruebas albergan, es claro para la Sala Plena que cualquier violación que por esa vía se pueda deducir dejaría de ser directa, como lo exige el artículo 194 del C.C.A., modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, tornándose en consecuencia indirecta en la medida que la confrontación entre el fallo suplicado y las normas citadas requeriría como paso intermedio esa valoración de pruebas, que valga reiterarlo no es posible en este recurso excepcional. Como refuerzo de esta apreciación conviene traer a colación lo que sobre el particular tiene dicho la

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, donde la violación directa de norma sustancial ha sido tratada en los siguientes términos:

“... a la violación de la ley sustancial, que constituye el supuesto básico de la causal primera de casación, se puede llegar por dos rumbos diferentes, directamente o por vía indirecta ... **“Tiene lugar la primera modalidad cuando sin consideración a los medios de convicción que le hayan servido al sentenciador para formular su juicio, el fallo inaplica para la decisión del litigio un precepto que claramente lo rige, o le aplica el que no lo gobierna o le aplica el que sí le es pertinente pero dándole un alcance que no le corresponde...”**, mientras que se da el quebranto indirecto “...cuando el fallador en la estimación de la prueba incurre en un error de hecho o en uno de derecho, y a consecuencia de tales desaciertos, deja de aplicar al caso litigioso la norma que verdaderamente lo regula o le aplica una que le es extraña...” (Casación Civil de 28 de noviembre de 1989 y 13 de febrero de 1992, sin publicar), lo que en el terreno de las consecuencias prácticas equivale a decir, como también lo tiene afirmado la doctrina jurisprudencial, que la violación directa de ley sustancial implica, por contraposición a la que a su vez es hipótesis propia de la violación indirecta, que por el juzgador no se haya caído en desacierto alguno, de hecho o de derecho, en el manejo de las pruebas y que, por lo tanto, “tampoco exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica haya encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba (G.J., ts. CXVI, pág 60 y CCXIX, pág. 260)”.⁴

Agrega la parte suplicante que la responsabilidad del Estado Colombiano por los mismos hechos quedó establecida con la sentencia proferida por la Sección Tercera de esta Corporación el 26 de febrero de 1996, expediente 11.086, donde se puso de presente la falta de protección a las víctimas. Este planteamiento tampoco puede conducir a infirmar el fallo suplicado, pues lo que se está proponiendo implícitamente es la configuración automática de

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de octubre de 1994. Expediente 3972.

una responsabilidad disciplinaria por la existencia de un fallo en que se determinó la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano por los daños y perjuicios que recibieron las víctimas de la toma del Palacio de Justicia, la cual no es de recibo porque la responsabilidad patrimonial del Estado resulta de la acreditación de presupuestos diferentes a los de la responsabilidad disciplinaria de sus agentes, sin que necesariamente se tenga que configurar ésta por la ocurrencia de la anterior, ya que por ejemplo, el daño antijurídico que está obligado a resarcir el Estado puede provenir de títulos de imputación jurídica que en muchas ocasiones no toman en cuenta como requisito determinante la conducta del agente, como podría ser, entre otros, la responsabilidad objetiva.

Además, la causal única que da lugar al Recurso Extraordinario de Súplica responde a la violación directa de norma sustancial, y es así como el examen de legalidad de las sentencias proferidas por las Secciones o Subsecciones de esta Corporación no puede llevarse a cabo confrontando esos pronunciamientos judiciales con otras sentencias del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Infiere la Sala Plena de lo dicho hasta ahora, que el cargo por supuesta inaplicación del artículo 3 común de Los Convenios de Ginebra *“Aprobados por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger las víctimas de la guerra, el 12 de agosto de 1949”*, incorporado en el ordenamiento interno por la Ley 5ª de 1960, y de los literales k) y o) de la Sección F) del artículo 71 del Decreto Ley 1776 del 27 de julio de 1979 *“Por el cual se expide el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”*, no tiene vocación de prosperidad. Tal como se explicó, deducir la inaplicación de tales preceptos demanda mucho más que la mera confrontación de esas normas con el fallo suplicado,

se requiere de una valoración de los medios de prueba acopiados en el informativo, lo cual escapa al terreno de la violación directa para ubicarse en el campo de la violación indirecta, que como se vio es extraña a la causal única del Recurso Extraordinario de Súplica que regula el artículo 194 del C.C.A., modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998. Al resultar vencida la parte recurrente las costas estarán a su cargo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLÁRASE infundado el Recurso Extraordinario de Súplica presentado por LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN contra la sentencia proferida el once (11) de febrero de dos mil cinco (2005), por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por el General ® Jesús Armando Arias Cabrales.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Por Secretaría practíquese la liquidación de costas.

TERCERO: Reconocer a los Drs. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO A. y CARLOS JULIO CHIQUILLO D., como apoderados principal y sustituto respectivamente, del señor JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, en los términos y para los fines del memorial poder conferido.

CUARTO: Cumplido lo anterior archívese el expediente, dejando las anotaciones del caso.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE
BUITRAGO VALENCIA

SUSANA

RUTH
MAURICIO FAJARDO
Impedido

STELLA
GÓMEZ
Ausente

CORREA

PALACIO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
HERNÁNDEZ PINZÓN

MARÍA NOHEMÍ

FILEMÓN
LIGIA LÓPEZ DÍAZ
Ausente

JIMÉNEZ

OCHOA
Ausente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
INÉS ORTIZ BARBOSA
Con Salvamento de Voto

MARÍA
Con Aclaración de Voto

JUAN **ÁNGEL**
HÉCTOR ROMERO DÍAZ

PALACIO

HINCAPIÉ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
SOFÍA SANZ TOBÓN
Ausente

MARTHA

MAURICIO TORRES CUERVO
VELILLA MORENO
Ausente

MARCO ANTONIO