

FALLA DEL SERVICIO DEL DAS - Desaparición forzada de civil / DESAPARICION FORZADA DE CIVIL - Por miembros del Das en ejercicio de sus funciones / FALLA DEL SERVICIO ANONIMA - Basta que se acredite que el daño antijurídico sea imputable al Estado

Se pretende la reparación de los perjuicios causados a los demandantes con la desaparición forzada a que fue sometido Gerson Jairzinho González Arroyo por miembros del DAS, en ejercicio de sus funciones. Al margen de que la conducta de desaparición forzada hubiera estado o no regulada en la legislación nacional o en el Derecho internacional al tiempo de cometerse el hecho objeto de este proceso, dado que dicha conducta involucra la violación de derechos fundamentales del retenido y sus parientes como los de la libertad, el debido proceso, la integridad física y la vida, entre muchos otros, siempre que el hecho sea atribuible a un agente del Estado, éste deberá responder patrimonialmente ante las víctimas, por ser constitutivo de una falla del servicio y, además, está en el deber de devolver a la persona al seno de la sociedad, o devolver el cadáver y sancionar a los responsables del delito. Con fundamento en las pruebas que obran en los procesos penal, administrativo y contencioso administrativo puede afirmarse que: - El señor Adolfo Macareno (a. Roger) fue víctima del delito de extorsión, en el cual participó Gerson González. -El joven Gerson González desapareció desde el 20 de noviembre de 1992. -La retención fue concomitante con el seguimiento que venían adelantando los funcionarios del DAS. -La víctima fue retenida por agentes del DAS en un vehículo Toyota de color blanco, al servicio de esa entidad, el 20 de noviembre de 1992. Considera la Sala que estas pruebas son suficientes para afirmar que agentes del DAS retuvieron al señor Gerson González, quien no fue puesto a órdenes de las autoridades competentes y de quien no se volvió a tener noticia desde entonces. Y no obstante que las investigaciones penal y disciplinaria que se adelantaron con el fin de establecer la identidad de los autores del crimen han resultado infructuosas, porque las dudas existentes han sido resueltas a favor de los inculpados, ésta situación no es óbice para que se condene al Estado porque la falla del servicio es anónima, es decir, no se requiere que exista certeza sobre la identidad del servidor público causante del daño, ya que basta con que se acredite que éste es imputable al Estado. Recuérdese que la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos consideró que existía certeza de que la retención y posterior desaparición de Gerson González fue realizada por agentes del DAS y esto es suficiente para condenar al Estado por el daño causado a sus parientes.

DESAPARICION FORZADA DE CIVIL - Definición. Normas nacionales e internacionales aplicables

La desaparición forzada de personas es considerada en el derecho internacional como delito de lesa humanidad porque compromete no sólo los intereses de la víctima sino, además, la convivencia social, la paz y la tranquilidad de la humanidad y por lo tanto, cualquier Estado puede pretender que se investigue y sancione al infractor de la misma. Dicha conducta está proscrita en disposiciones de orden internacional ratificadas por el Estado, como en el artículo 2° del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), realizado en Ginebra el 8 de junio de 1977, incorporado a la legislación interna por la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994 y por el artículo 75 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), instrumento que no improbió la Comisión Especial Legislativa el 4 de Septiembre de 1991. El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la

Desaparición Forzada define esta conducta como “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”. Debe destacarse además que “de acuerdo con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución N°47/133 del 18 de diciembre de 1992 ninguna orden o instrucción de autoridad pública, sea civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada, y en consecuencia, toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla (art. 6.1.)”. De igual manera, en la legislación nacional, el artículo 12 de la Carta Política establece que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” y en el artículo 165 de la ley 522 de 2001 -Código Penal- en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el país, tipificó el delito autónomo de desaparición forzada. Nota de Relatoría: Ver sentencias C-574/92, C-225/95 y C-551 de 2001 de la Corte Constitucional.

DESAPARICION FORZADA - Evolución jurisprudencial. Posición actual del Consejo de Estado / RETENIDOS - Obligaciones del Estado son de resultado. Contenido de las obligaciones del estado

En decisiones anteriores, la Corporación ha condenado patrimonialmente al Estado en eventos de desaparición forzada. En tales providencias se ha destacado que las autoridades públicas no están legitimadas para aplicar sanciones extrajurídicas a los infractores de la ley. Quien sea sorprendido en flagrancia o capturado en virtud de orden de autoridad judicial como sindicado de la comisión de un delito debe ser puesto a disposición de los jueces competentes para que se decida su situación, con el respeto de todas las garantías procesales. Debe destacarse además, que frente a quien haya sido retenido, la jurisprudencia ha considerado que existe una obligación de resultado. En providencia del 21 de agosto de 1981, Exp. 2750 consideró la Corporación que frente al retenido el Estado adquiere las obligaciones propias de la figura del “depósito necesario de personas”. No obstante, la asimilación de la figura del depósito necesario fue posteriormente rechazada y se consideró que la obligación del Estado con los retenidos era de “carácter legal ligada a las garantías constitucionales”, en Sentencia del 6 de septiembre de 1988, Exp. 5187, se realizó esta rectificación. En esta oportunidad, considera la Sala que frente a los retenidos el Estado tiene una obligación específica de protección y seguridad, porque éstos se encuentran en una situación de particular sujeción, en razón de la cual ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad y por lo tanto, deben gozar del pleno amparo de las autoridades frente a los posibles daños y peligros que los amenacen. Las obligaciones que asumen las autoridades de la República frente a los retenidos son de dos clases: 1) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y 2) de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no hayan sido limitados con la medida cautelar. En este orden de ideas, considera la Sala que las obligaciones de abstenerse de causar cualquier limitación a los derechos de las personas que no estén relacionados con la medida cautelar, así como los de prever y controlar cualquier acto que redunde

en perjuicio de los retenidos son de resultado, pues la probabilidad de lograr la eficacia en el cumplimiento de la obligación es alta. Lo anterior significa que si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo de la retención, inclusive cuando haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado.

DESAPARICION FORZADA - Actividad probatoria generalmente se fundamenta en indicios / INDICIOS - Uso en los casos de desapariciones forzadas

La actividad probatoria en los eventos de desaparición forzada es muy compleja. Regularmente no existen pruebas directas porque el hecho se comete en las condiciones de mayor ocultamiento o porque a pesar de que se haga a la luz pública es difícil obtener la declaración de los testigos, quienes callan la verdad por temor a las represalias. De tal manera que en la generalidad de los casos las decisiones judiciales se fundamentan en indicios.

PERJUICIOS MORALES EN CASOS DE DESAPARICION FORZADA - Presunción respecto de los parientes más próximos / DERECHOS HUMANOS - Presunción de daños morales en casos de violación

En relación con los perjuicios morales sufridos por los demandantes con la desaparición, tal como consideró la Sala en decisión reciente, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los eventos de desaparición forzada se presume el daño moral de los parientes más próximos. Se reconocerá en el caso concreto el valor máximo que la jurisprudencia ha concedido en relación con el daño moral en consideración a la gravedad del sufrimiento padecido por los demandantes, pero con la limitación de las pretensiones formuladas en la demanda para no vulnerar la prohibición de la reforma en peor (art. 375 C.P.C.). En consecuencia, se reconocerá a los padres de Gerson González, quienes se considera que sufrieron el mayor dolor, el equivalente en pesos de mil gramos oro porque esa fue la pretensión y dicho valor es inferior a 100 salarios mínimos legales, que es el máximo reconocido por la jurisprudencia para este tipo de eventos. A los hermanos, de acuerdo con el último criterio jurisprudencial adoptado por la Sala, puede reconocérseles hasta 50 salarios mínimos legales mensuales. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 7 de febrero de 2002, Exp. 21266

Sentencia 4561(12812) del 02/11/28. Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Actor: LUIS ADOLFO GONZALEZ ESPINOSA. Demandado: NACION -DAS-

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002)

Radicación número: 70001-23-31-000-1993-4561-01(12812)

Actor: LUIS ADOLFO GONZALEZ ESPINOSA

Demandado: NACION -DAS-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 11 de septiembre de 1996, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Las pretensiones

El 27 de septiembre de 1995, los señores LUIS ADOLFO GONZALEZ ESPINOSA, YADIRA ESTER ARROYO de GONZALEZ, quienes actúan en nombre propio y en representación de su hija menor ERMELINA ESTER GONZALEZ; LUZMILA BERNARDA, MARIA BERNARDA, EMILIA BERNARDA, YASMIN BERNARDA, RAUL ANTONIO, ADOLFO RAFAEL y EDU DELACERNA GONZALEZ ARROYO, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Sucre, en contra de la Nación -Departamento Administrativo de Seguridad DAS-, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que se declare responsable a la Nación -Departamento Administrativo de Seguridad DAS de la totalidad de los perjuicios

morales (subjetivos) y daños materiales (patrimoniales), que han venido padeciendo mis demandantes en este proceso, a consecuencia de la desaparición del señor GERSON JAIRZINHO GONZÁLEZ ARROYO, hijo y hermano de mis poderdantes, ocurrida en la mañana del día 20 de noviembre de 1992 en la ciudad de Sincelejo (Sucre).

“2. Que como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad DAS- a pagarle a los demandantes por concepto de daños morales, lo siguiente:

a) A los padres del desaparecido señor LUIS ADOLFO GONZALEZ ESPINOSA y señora YADIRA ESTER ARROYO DE GONZALEZ el valor de un mil (1.000) gramos oro fino para cada uno de ellos por separado y en su totalidad.

b) A todos y cada uno de los hermanos del occiso ERMELINA ESTER, LUZMILA BERNARDA, MARIA BERNARDA, EMILIA BERNARDA, YASMIN BERNARDA, RAUL ANTONIO, ADOLFO RAFAEL y EDU DELACERNA GONZALEZ ARROYO el valor de un mil gramos (1.000 grs) oro puro por partes iguales.

“3. Declárese responsable a la Nación- Departamento Administrativo de Seguridad DAS de los perjuicios materiales padecidos por los padres del desaparecido...y por los hermanos...con quienes compartía techo, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustadas en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga. Igualmente pagará los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se condenen, desde el día 20 de noviembre de 1992, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia y el pago efectivo de esta suma por parte de las autoridades responsables”.

2. Fundamentos de hecho

a. El señor Adolfo de Jesús Macareno formuló denuncia ante el DAS por el delito de extorsión, razón por la cual los funcionarios investigadores interceptaron su línea telefónica con el objeto de rastrear las llamadas y detectar su procedencia, “lo que en efecto se logró según se afirma en la declaración que rindió el 26 de noviembre de 1992, José Luis Guevara Calvo, agente del DAS asignado...para adelantar esa investigación”.

b. “La Fiscalía Cuarta Unidad de Patrimonio Económico de Sincelejo (Sucre) inició el 16 de noviembre de 1992, investigación por el delito de extorsión en contra de Jorge Enrique Salgado, Gerson Jairzinho González Arroyo, Donaldo Arias y Gonzalo Gómez, en virtud de la denuncia formulada por el señor Adolfo de Jesús Macareno”.

c. “El 20 de noviembre de 1992, en la ciudad de Sincelejo, Sucre, Gerson Jairzinho González Arroyo salió del kiosko No. 327 por la calle 22, barrio San Antonio, hacia la avenida Las Peñitas, dirigiéndose al mercado. A los pocos minutos de esto, su padre Luis Adolfo González Espinosa recibió de Jacobo Gómez y por encargo del señor Jaime Arturo Méndez, la noticia de que su hijo Gerzon Jairzinho había sido obligado a abordar una camioneta toyota color blanco cuatro puertas, por unos sujetos, al parecer, del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-“.

d. “En declaración rendida por Jorge Enrique Salgado el 25 de enero de 1993, ante la oficina de investigaciones especiales de la Procuraduría General de la Nación, éste manifiesta que por el tiempo de la desaparición se encontraban -en asocio con su primo Gerzon Jairzinho y Gonzalo Gómez bajo la dirección de Donaldo haciendo llamadas telefónicas al señor Macareno exigiéndole dinero. Así mismo afirma que al tiempo de realizar las últimas llamadas estaban siendo seguidos por el DAS”.

e. Desde la fecha de la retención del señor González Arroyo no se ha tenido noticia suya. Por estos hechos se iniciaron sendas investigaciones en la Procuraduría y en la Fiscalía General de la Nación.

3. La sentencia recurrida

Consideró el Tribunal que con fundamento en las pruebas que obran en el expediente, “no se puede concluir con certeza que el señor Gerzon González hubiera sido efectivamente embarcado en el toyota de color blanco ni que hubiese sido ultimado por los agentes del DAS que se afirma participaron en su aprehensión, puesto que las pesquisas adelantadas por la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos han sido infructuosas, no obstante haberse encontrado una fosa común en la finca ‘Potosí’, en jurisdicción del municipio de Sincé, en la que fueron hallados varios esqueletos humanos, pero ninguno de ellos coincide con las características del supuesto desaparecido, por lo que no se puede aseverar que hubiera sido eliminado y enterrado en algún lugar, para ocultar su muerte”.

Agregó el a quo que “también es viable que el señor González Arroyo no hubiese sido víctima de sus aprehensores, en caso de que ello hubiera sido real, como se afirma en la demanda, puesto que en alguna ocasión, su padre, uno de los demandantes en este proceso, manifestó a las autoridades, en una de las tantas ampliaciones de la denuncia, que era posible que aún se encontrara con vida en algún lugar al que hubiera huido cuando fue sorprendido haciendo las llamadas extorsivas al señor Macareno, en la misma forma en que lo hicieron sus cómplices quienes estuvieron escondidos en Cartagena durante algún tiempo y que según su propio dicho, allí fueron hostigados por personal del DAS a órdenes del señor Rómulo Betancur, en ese entonces director de esas dependencias, en el departamento de Sucre”.

4. Razones de la impugnación

Afirma el apoderado de los demandantes que en el proceso “está plenamente demostrado que agentes del DAS sección Sucre retuvieron a Gerson Gonzalez el 20 de noviembre de 1992 en el barrio San Antonio de la ciudad de Sincelejo. Esta retención se realizó al margen de una orden emanada de autoridad competente, sin las formalidades legales para ello y sobretodo sin que esta persona fuera puesta a disposición de la autoridad competente para que determinara su situación jurídica. Desde el momento de esta irregular detención por parte de agentes del DAS, se desconoce el paradero de Gerson González lo que ha causado y sigue causando un grave daño moral y material para su familia, esto constituye el nexo causal entre el hecho y el daño causado”.

Para fundamentar su afirmación, controvierte la valoración probatoria realizada por el a quo en relación con: a) la existencia de prueba indiciaria sobre la participación de agentes del DAS en la comisión del ilícito, que deduce del informe evaluativo presentado por la oficina de investigaciones especiales de la Procuraduría General de la Nación; b) el testimonio de los señores Jaime Méndez y Jacobo Gómez rendido ante la Fiscalía que, según el Tribunal, no puede ser considerado como prueba de cargo contra la entidad demandada porque los testigos se retractaron de su dicho. Sin embargo, afirma el impugnante que dicha retractación se debió a las amenazas de que han sido víctimas por parte de los inculpados; c) la absurda exigencia del Tribunal de la constancia escrita de la retención, pues precisamente la desaparición forzada se caracteriza por ausencia de prueba formal a ese respecto y d) el reconocimiento en fila de personas realizada por la Fiscalía, que constituye una prueba concluyente de la responsabilidad de los agentes del DAS en el hecho.

5. Actuación en segunda instancia

Del término para presentar alegaciones en esta instancia hicieron uso las partes.

El apoderado de los demandantes amplió los argumentos expuestos en el escrito de impugnación del fallo sobre la valoración de las prueba testimonial que obra en el expediente y los indicios que pueden construirse a partir de hechos probados, de acuerdo con los cuales puede afirmarse que, en efecto, el señor Gerson González fue retenido por agentes del DAS el 20 de noviembre de 1992 y no fue puesto a disposición de las autoridades competentes, sin que se volviera a tener noticias suyas.

El apoderado de la entidad demandada solicitó la confirmación del fallo por compartir los argumentos expuestos por el a quo en relación con la valoración de la prueba y concluyó que “la parte actora buscó a toda costa inculpar a distintos funcionarios del DAS, sin haberlo logrado, pues es claro que en el plenario no existe prueba convincente que demuestre participación de algún funcionario de la entidad que represento en los hechos materia de la demanda. Se pretendió, sin éxito, señalar como autores de los punibles a varios agentes del DAS, con pruebas, entre otras, reconocimiento fotográficos, practicados sin el lleno de los requisitos y ritualidades legales, pruebas que a buena hora no fueron tenidas en cuenta por el a quo y que desde luego desechará el a quem, pues el DAS acreditó que los funcionarios involucrados, para la fecha de los hechos se encontraban realizando actividades propias de su función, pero en lugares diferentes al de la supuesta aprehensión. Finalmente, es evidente la infundamentación (sic) de lo afirmado por la parte actora en el sentido de que la alegada aprehensión del occiso Gerson González se llevó a cabo con un promotor de la entidad, cuando se probó válidamente en el proceso que para la fecha de ocurrencia de los episodios materia de la demanda el rodante

involucrado se encontraba en reparación mecánica en el taller Osorio de propiedad de Emerson Osorio”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

I. Se afirma en la demanda que el señor Gerson Jairzinho González Arroyo fue retenido por agente del DAS el 20 de noviembre de 1991, en un vehículo Toyota, de color blanco, en la avenida Las Peñitas del municipio de Sincelejo y que desde esa fecha no se volvió a tener noticia suya.

En otros términos, se pretende la reparación de los perjuicios causados a los demandantes con la desaparición forzada a que fue sometido Gerson Jairzinho González Arroyo por miembros del DAS, en ejercicio de sus funciones.

II. La desaparición forzada de personas es considerada en el derecho internacional como delito de lesa humanidad porque compromete no sólo los intereses de la víctima sino, además, la convivencia social, la paz y la tranquilidad de la humanidad y por lo tanto, cualquier Estado puede pretender que se investigue y sancione al infractor de la misma.

Dicha conducta está proscrita en disposiciones de orden internacional ratificadas por el Estado, como en el artículo 2° del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), realizado en Ginebra el 8 de junio de 1977, incorporado a la legislación interna por la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994 y por el artículo 75 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), instrumento que no improbió la

Comisión Especial Legislativa el 4 de Septiembre de 1991¹. A este respecto ha dicho la Corte Constitucional:

“En el caso colombiano, estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2º de la Constitución dispone que "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario". Esto significa que, como ya lo señaló esta Coporación, en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo "al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*.”² Por consiguiente, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, y en especial todos los miembros de la Fuerza Pública quienes son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y en todo lugar, las reglas del derecho internacional humanitario, por cuanto no sólo éstas son normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias *per se* en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podía ser de otra manera, pues las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado. Ellos encarnan aquellas "consideraciones elementales de humanidad", a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú. No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas *ex-post facto*”³.

¹ La Corte Constitucional declaró exequible el Protocolo I, mediante sentencia C-574 de 1992. Posteriormente, se expidió la ley 11 de 1992, aprobatoria del mismo convenio, pero la Corte Constitucional, en sentencia C-88 de 1993 la declaró inexecutable por considerar que “tanto el Congreso como el Presidente de la República desbordaron sus competencias constitucionales al pretender expedir -el primero- y sancionar -el segundo- leyes sobre materias que, sustraídas expresamente de los procedimientos ordinarios de actuación de tales poderes, el Constituyente sometió a un especialísimo proceso de gestación, tal como el previsto en el artículo 58 transitorio respecto de los tratados y convenios internacionales que, al momento de entrar a regir la nueva Carta Política ya hubiesen sido aprobados por una de las dos Cámaras. En esas condiciones, mal podían el Senado y el Presidente de la República hacer caso omiso del mandato constitucional citado, y proseguir con el trámite de aprobación y de expedición de la referida ley. Dicho proceder comporta ostensible trasgresión a la disposición transitoria No. 58 de la Carta”.

² Sentencia C-574 de 1992.

El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada define esta conducta como “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”⁴.

Debe destacarse además que “de acuerdo con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución N°47/133 del 18 de diciembre de 1992 ninguna orden o instrucción de autoridad pública, sea civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada, y en consecuencia, toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla (art. 6.1.)”⁵.

De igual manera, en la legislación nacional, el artículo 12 de la Carta Política establece que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” y en el artículo 165 de la ley 522 de 2001 -Código Penal- en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el país, tipificó el delito autónomo de desaparición forzada en estos términos: “El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma,

³ Ver sentencia de la Corte Constitucional C-225 de 1995.

⁴ En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998, aprobado mediante ley 742 de 2002, se amplió el tipo delictivo y se incluyó como sujeto activo a las organizaciones políticas. “Por desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política o con autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar

seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1000) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años”.

Al margen de que la conducta de desaparición forzada hubiera estado o no regulada en la legislación nacional o en el Derecho internacional al tiempo de cometerse el hecho objeto de este proceso, dado que dicha conducta involucra la violación de derechos fundamentales del retenido y sus parientes como los de la libertad, el debido proceso, la integridad física y la vida, entre muchos otros, siempre que el hecho sea atribuible a un agente del Estado, éste deberá responder patrimonialmente ante las víctimas, por ser constitutivo de una falla del servicio y, además, está en el deber de devolver a la persona al seno de la sociedad, o devolver el cadáver y sancionar a los responsables del delito.

En decisiones anteriores, la Corporación ha condenado patrimonialmente al Estado en eventos de desaparición forzada. En tales providencias se ha destacado que las autoridades públicas no están legitimadas para aplicar sanciones extrajurídicas a los infractores de la ley. Quien sea sorprendido en flagrancia o capturado en virtud de orden de autoridad judicial como sindicado de la comisión de un delito debe ser puesto a disposición de los jueces competentes para que se decida su situación, con el respeto de todas las garantías procesales:

“En varias oportunidades la Corporación ha sostenido que cuando las autoridades en ejercicio de sus funciones retienen a un ciudadano, adquieren la obligación para con él, de una parte, de velar por su seguridad e integridad personal, y de otra, la de regresarlo al seno de

información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

⁵ A este respecto, ver sentencia de la Corte Constitucional C-551 de 2001.

su familia en similares condiciones a las que se encontraba al momento de ser privado de la libertad, todo lo cual implica tratarlo dignamente por su mera condición de persona sin que valga alegar excusa alguna como puede ser el hecho de sus antecedentes delictuales para vulnerar sin temor a la ley sus derechos fundamentales. Menos puede asumir la fuerza pública dicha conducta con aquellos delincuentes que son sorprendidos en flagrancia, pues su primer deber radica en brindar protección y preservar su integridad personal y en modo alguno aplicar justicia por su propia mano, por cuanto corresponde a los jueces naturales determinar luego de adelantar la respectiva investigación, si es del caso absolver o condenar a la respectiva pena al infractor del ordenamiento jurídico vigente, en otras palabras, la fuerza pública no está autorizada para juzgar ni para sancionar al infractor capturado en flagrancia o en otros eventos.

“Cabe reiterar que las fuerzas estatales, so pretexto de conservar o restablecer el orden público y en cumplimiento de otras tareas afines a sus funciones, no pueden desconocer los derechos fundamentales de quienes obran al margen de la ley. Dichos infractores, también según nuestro ordenamiento jurídico tienen el derecho a que se les enjuicie por los conductos regulares y con plena garantía de los principios que consagran el debido proceso. Nada excusa que las fuerzas estatales actúen por vías de hecho y menos imponiendo “penas” como la desaparición forzada, sanción que por lo demás proscribe la Carta Política, en cuyo artículo 12...”⁶.

Debe destacarse además, que frente a quien haya sido retenido, la jurisprudencia ha considerado que existe una obligación de resultado.

En providencia del 21 de agosto de 1981, consideró la Corporación que frente al retenido el Estado adquiere las obligaciones propias de la figura del “depósito necesario de personas”. Así se afirmó en el fallo citado:

“El artículo 157 del C.C., al regular el divorcio, antes de la reforma de la ley 1ª de 1976, traía entre las medidas cautelares que debía tomar el juez de la causa, la del ‘**depósito necesario**’ de la mujer, en forma similar a como lo prevén, en ciertos casos, las normas protectoras del menor o de los alienados.

⁶ Sentencia del 11 de septiembre de 1997, exp: 11.600. En el mismo sentido, sentencias del 16 de abril de 1993, expediente 10.203, 2 de diciembre de 1996, exp: 11.798 y del 28 de enero de 1999, exp.: 12.623, entre otras.

“El depósito necesario de personas no es, pues, ajeno al derecho colombiano y quizá el más común y frecuente y menos estudiado y regulado, es el que se configura en el momento en que las autoridades de la República, como personeras de la Nación, capturan al ciudadano y lo ponen, contra su voluntad y la de sus parientes y amigos, bajo su guarda y vigilancia, para los efectos legales pertinentes, convirtiéndose los captores y guardadores en el depositario que debe responder -con obligación de resultado- del supremo bien de la vida, para cuya garantía están instituidas esas autoridades de la República a tenor del artículo 16 de la Constitución Política y que, como derecho ‘inherente a la persona’ en los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos’ (artículo 6) ratificado por Colombia por la ley 74 de 1968, es la primera causa y razón de la existencia y organización del Estado.

“O la autoridad comprueba que devolvió al ciudadano al seno de la sociedad, sano y salvo, o compromete su responsabilidad en forma que sólo se exonera demostrando fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima”⁷.

No obstante, la asimilación de la figura del depósito necesario fue posteriormente rechazada y se consideró que la obligación del Estado con los retenidos era de “carácter legal ligada a las garantías constitucionales”. En la sentencia donde se hizo dicha rectificación se afirmó:

“Frente al detenido la autoridad militar tenía una obligación de resultado: respetar su vida, su integridad personal y psíquica.

“No es un caso de depósito necesario, figura desafortunada utilizada por la sala en asunto similar al fallado hace algunos años. No, es sólo el cumplimiento de un deber legal. Toda autoridad militar o de policía en su misión de reprimir la delincuencia debe capturar a las personas cuando sobre ellas pesa alguna sindicación. No nace con esa aprehensión una relación contractual para mantenerlo con vida. Es una obligación legal, ligada a las garantías constitucionales mismas”⁸.

⁷ Sentencia de agosto 21 de 1981, expediente: 2750

⁸ Sentencia del 6 de diciembre de 1988, exp.: 5187

En síntesis, frente a los retenidos el Estado tiene una obligación específica de protección y seguridad, porque éstos se encuentran en una situación de particular sujeción, en razón de la cual ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad y por lo tanto, deben gozar del pleno amparo de las autoridades frente a los posibles daños y peligros que los amenacen.

Las obligaciones que asumen las autoridades de la República frente a los retenidos son de dos clases: 1) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y 2) de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no hayan sido limitados con la medida cautelar.

En este orden de ideas, considera la Sala que las obligaciones de abstenerse de causar cualquier limitación a los derechos de las personas que no estén relacionados con la medida cautelar, así como los de prever y controlar cualquier acto que redunde en perjuicio de los retenidos son de resultado, pues la probabilidad de lograr la eficacia en el cumplimiento de la obligación es alta.

Lo anterior significa que si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo de la retención, inclusive cuando haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una

causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado⁹.

III. Antes de entrar en el análisis de la prueba en el caso concreto, debe anticiparse que la actividad probatoria en los eventos de desaparición forzada es muy compleja. Regularmente no existen pruebas directas porque el hecho se comete en las condiciones de mayor ocultamiento o porque a pesar de que se haga a la luz pública es difícil obtener la declaración de los testigos, quienes callan la verdad por temor a las represalias. De tal manera que en la generalidad de los casos las decisiones judiciales se fundamentan en indicios.

IV. En relación con la desaparición de Gerson González Arroyo se adelantaron las siguientes investigaciones, de las cuales obran en el expediente las pruebas que fueron trasladadas:

a. La Fiscalía Cuarta Especializada de Patrimonio Económico adelantó investigación contra los señores Jorge Enrique Salcedo González, Donald Arias, Gerson Jairzhino González Arroyo y Gonzalo Gómez, por el delito de extorsión cometido en contra del señor Adolfo de Jesús Macareno Jaraba.

b. La Unidad Antiextorsión y Secuestro Simple de la Fiscalía, con sede en la ciudad de Sincelejo, abrió investigación contra los agentes del DAS Isnardo Alfonso Castellanos, Jorge Muñoz Páez y Alcides Medina, como presuntos responsables del delito de secuestro en contra de Gerson González Arroyo.

⁹ La Sala ha señalado que en los eventos de falta de atención médica requerida por los detenidos se aplica el régimen de presunción de falla del servicio.

El proceso fue posteriormente reasignado a la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos, con sede en Cúcuta (fls. 178-180 C-4), que mediante providencia del 4 de junio de 1997 profirió resolución de acusación contra los mismos sindicados por el delito de secuestro extorsivo agravado (fls. 246-297 C-1). El juzgado Especializado de Barranquilla dictó sentencia condenatoria contra los mismos (fls. 300-326 C-1). No obstante, según el informe presentado a instancia del a quo por la secretaria del juzgado penal del circuito especializado de Sincelejo, el Tribunal Superior, Sala Penal de Descongestión de Bogotá, decretó la nulidad de lo actuado, a partir inclusive de la providencia calificatoria (fl. 441 C-1).

c. De igual manera, la Procuraduría Departamental de Sucre inició investigación preliminar (fls. 12-15 C-2), con fundamento en la denuncia formulada por el señor Luis Adolfo González sobre la desaparición de Gerson González (fls. 163-164 C-2 y 7-10 C-3).

La Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos formuló pliego de cargos contra los agentes del DAS Mario Esteban Botello Becerra, José Luis Guevara Calvo, Jorge Muñoz Páez e Isnardo Alfonso Castellanos Peña (fls. 153-154 C-3), cuya calidad fue acreditada con las actas de nombramiento, posesión y extractos de las hojas de vida (fls. 252-265 y 270- 273- 275 C-2; 172, 173, 175-177, 182, 183, 187, 188 C-3).

La Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos mediante providencia del 18 de marzo de 1999 (fls. 330-415 C-1), sancionó con destitución del cargo a los detectives del DAS Jorge Muñoz Páez e Isnardo Alfonso Castellanos Peña, por hallarlos responsables de la desaparición del señor Gerzon González Arroyo.

No obstante, mediante providencia del 17 de marzo de 2000, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, revocó la decisión impugnada y en su lugar, absolvió a los inculpados, por considerar que si bien existe certeza de que la desaparición forzada del señor Gerson González es atribuible a funcionarios del DAS, las pruebas que obran en el expediente no permiten asegurar que hubieran sido los detectives investigados los responsables del hecho (fls. 448-489 C-1):

“...para este despacho existe certeza que un vehículo adscrito al DAS, seccional Sucre, fue utilizado para el traslado del detenido JERSON JAIRSINHO el día 20 de noviembre. Igualmente que detectives del DAS venían adelantando labores de seguimiento en contra de los miembros de la banda de extorsionistas de la cual hacía parte el desaparecido. Así las cosas, si bien está demostrado que la responsabilidad en la comisión de los hechos es atribuible a funcionarios del DAS, no existe certeza probatoria de que la misma sea predicable de los detectives investigados, sancionados en primera instancia, pues las pruebas de cargo que contra ellos militan y que los ubican en el escenario de los acontecimientos no ofrecen credibilidad e impiden edificar el grado de certeza requerida para atribuir responsabilidad disciplinaria a un servidor público en la comisión de una falta”.

V. Con fundamento en las pruebas que obran en estos procesos puede afirmarse que:

1. El señor Adolfo Macareno (a. Roger) fue víctima del delito de extorsión, en el cual participó Gerson González.

En la denuncia formulada por el señor Adolfo Macareno ante la Fiscalía Cuarta Especializada de Patrimonio (fls. 38-41 C-2) y la Policía Judicial (fl. 214 C-2). manifestó que el día 7 de noviembre de 1992, a la 13:15, al abordar su vehículo, al frente de las oficinas de DAVIVIENDA, en Sincelejo, encontró una carta en el interior del mismo, en la cual se le exigía una suma de dinero, bajo amenaza de secuestrarlo o darle muerte a alguno de sus hijos. Se dirigió inmediatamente a las

oficinas del DAS a denunciar el hecho. Allí le dieron instrucciones para que prolongara las conversaciones telefónicas que sostuviera con los delincuentes, con el fin de rastrear las llamadas. Aportó la carta referida, la cual tiene membrete del frente guerrillero Jaime Bateman Cayón y en la cual se le exige a la víctima el pago de \$10.000.000 (fl. 215 C-2).

El señor Luis Adolfo González Espinosa (fls. 44-49 C-.2) manifestó que según su sobrino Jorge Enrique Salcedo González, Donaldo Arias estaba realizando llamadas al señor Adolfo Macareno para exigirle la entrega de un dinero y les ofreció tanto a él como a su hijo Gerson González darles un dinero si lo acompañaban a hacer unas llamadas, a lo cual accedieron, pero fueron sorprendidos por agentes del DAS, que desde ese momento comenzaron a perseguirlos.

El señor Jorge Enrique Salgado González, en las declaraciones rendidas ante el funcionario investigador de la Policía Judicial (fls. 22-23 C-2) y la Procuraduría Departamental (fls. 12- 14 C-4), confirmó que en efecto acompañaron a Donaldo Arias a realizar unas llamadas al señor Roger Macareno porque éste les había ofrecido dinero si lo hacían, la última de las cuales se realizó el 18 de noviembre de 1992 desde una droguería ubicada al frente del hospital, pero cuando estaban haciendo dicha llamada fueron sorprendidos por agentes del DAS que desde ese momento comenzaron a perseguirlos.

2. El joven Gerson González desapareció desde el 20 de noviembre de 1992.

El señor Luis Adolfo González Espinosa formuló denuncia por la desaparición de su hijo Gerson Jairzinho González, ante la Unidad Octava de Investigación Previa y Permanente de la Fiscalía de Sincelejo el día 21 de noviembre de 1992 (fl. 1 C-4); ante la Procuraduría Departamental de Sucre el 23 del mismo mes (fl. 8-9 C-4)

y ante la unidad de policía judicial de ese mismo municipio el día 25 siguiente (fls. 44-49 C-.2).

En esas declaraciones manifestó que en el 20 de noviembre de 1992, su hijo Gerson González fue hasta el kiosco ubicado en su residencia y le pidió algo de dinero para ir al mercado. Pocos minutos después, el señor Jacobo Gómez le trajo razón del señor Jaime Méndez, de que su hijo había sido retenido por tres agentes del DAS, quienes lo subieron en una camioneta blanca. Inmediatamente se dirigió a la residencia de su hermana, la señora Judith González, a comunicarle el hecho y ésta junto con la señora Miriam Rivero, compañera permanente de su hijo, fueron a las instalaciones del DAS, pero allí negaron haber realizado la captura. También él fue a hablar con el director de la entidad sobre el hecho, pero la respuesta fue la misma.

La señora Miriam del Carmen Rivero Alfaro declaró ante la Procuraduría (fls. 15-16 C-4) que el viernes 21 de noviembre de 1992 un hombre le informó al señor Luis Adolfo González que Gerson había sido detenido por agentes del DAS, que lo habían obligado a abordar una camioneta blanca, por lo cual ella junto con la señora Judith González y una hermana del retenido fueron a las instalaciones de la entidad y allí les manifestaron que no se hallaba. Lo mismo hicieron ante el comando de la policía, en la SIJIN y el puesto de policía de San Carlos, pero recibieron igual respuesta.

También afirmó que el miércoles anterior Gerson le había dicho que debían regresar a la casa pronto porque él junto con otras personas que no menciona la testigo, estaba haciendo una llamada, la cual fue rastreada por agentes del DAS y le advirtió que si le llegaba a pasar algo, el responsable sería Macareno.

En igual sentido declaró la señora Judith Ester González Espinosa ante la unidad investigativa del cuerpo técnico (fls. 62-63 C-4) y ante la Fiscalía 14 antiextorsión y secuestro simple de Sincelejo (fls. 92-96 C-4).

En la ampliaciones de denuncia presentada ante la Unidad Investigativa del Cuerpo Técnico de la Fiscalía (fls. 183-185 C-2); ante la Fiscalía Cuarta de Patrimonio (fls. 44-49 C-2) y ante la Procuraduría Departamental (fls. 38-39 C-4), el señor Luis Adolfo González manifestó que se había enterado que funcionarios del DAS habían trasladado a su hijo a una finca en Betulia donde lo habían torturado y luego trasladado a una finca en Sincé, donde lo habían entregado a un sicario apodado “el ciego”, quien lo había llevado al municipio de San Onofre y luego a Montería. Además aclaró que “el ciego”, cuyo nombre era Julio Rodríguez, había ido hasta su casa con seis hombres más a amenazarlo a él y a su hijo Raúl y que tres agentes del DAS igualmente habían rondado su residencia y disparado al aire frente a la misma.

La Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía adelantó diligencia de inspección judicial a la finca Potosí, ubicada en el municipio de Sincé, Sucre, de propiedad del señor Roberto Martínez, donde fue hallada una fosa con restos humanos pero no se estableció que se tratara de Gerson González (fls. 274-281 C-4).

3. La retención fue concomitante con el seguimiento que venían adelantando los funcionarios del DAS

El señor Adolfo Macareno declaró que una vez formulada la denuncia ante el DAS por la extorsión de que fue víctima, se procedió a interceptar su teléfono con

el fin de capturar a quienes realizaban las llamadas. Agregó que el padre de uno de los delincuentes a quien conocía con el alias de “el gordo”, cuyo nombre era Gerson, le exigió bajo amenaza de muerte que liberara a su hijo, asegurando que él lo había secuestrado y además, le entregó una carta en la que le pedía igualmente la liberación, para que fueran las autoridades las que juzgaran su participación en el delito. El declarante puso a disposición del despacho dicha carta (fl. 42 C-2).

El agente del DAS José Luis Guevara Calvo (fls. 150-151 C-2) afirmó haber sido comisionado para adelantar la investigación por el delito de extorsión de que fue víctima el señor Adolfo Macareno. En cumplimiento de su función se logró interceptar unas llamadas pero no se identificó a los autores del delito. Aclaró que los vehículos en la unidad no estaban asignados sino que se utilizaban de acuerdo con las necesidades del servicio.

El agente del DAS Mario Esteban Botello Becerra (fls. 387-394 C-2), manifestó que con ocasión de la denuncia formulada por el señor Adolfo Macareno se rastrearon las llamadas que recibía el denunciante, por lo cual se pudo establecer que la última se hizo desde una droguería ubicada al frente del hospital viejo del municipio:

“...En una de esas ocasiones que los extorsionistas habían quedado de llamar se montó un operativo y estando realizando la llamada, pero entonces nosotros previendo la circunstancia de que la llamada la hicieron de tan cerca, no se colocó personal cerca al hospital viejo, ese día yo me encontraba en información, y yo le dije a la señora CLAUDIA y a otro detective que no me acuerdo, arranquen para el hospital viejo porque la llamada la están haciendo de allí. CLAUDIA se fue y no se si me llamó o regresó, entonces yo le informé por intermedio del radio a los otros compañeros que la llamada la estaban haciendo del hospital viejo pero después de ese tropel se aclaró que la llamada no la hicieron del hospital viejo sino de una droguería, desde ese día no volvieron a llamar...”.

El agente del DAS José Luis Guevara Calvo (fls. 281-283 C-3), manifestó haber participado en la misión tendiente a lograr la captura de las personas que estaban extorsionando al señor Macareno y que para tal efecto se dispuso la interceptación y rastreo de llamadas, en coordinación con el ofendido y la oficina de Telecom en esa ciudad.

En la inspección judicial realizada a las oficinas de TELECOM por funcionario del cuerpo técnico de investigación de Sincelejo, se estableció que efectivamente se hizo el rastreo de llamadas al teléfono del señor Adolfo de Jesús Macareno, con resultados positivos durante los días 17, 18 y 19 de noviembre de 1992, de acuerdo con la orden proferida por el DAS, en oficio del 10 de noviembre de 1992. Llamadas que fueron realizadas desde la central de Telecom, un teléfono público del hospital -la unidad intermedia- y de la línea asignada a la señora Ana Merlano Ramos (fls. 334-335 C-2).

4. La víctima fue retenida por agentes del DAS en un vehículo Toyota de color blanco, al servicio de esa entidad, el 20 de noviembre de 1992.

4.1. Prueba de la retención.

Si bien los señores Jacobo José Gómez Quiroz (fl. 172 C-2) y Jaime Arturo Méndez Agudelo (fl. 173 C-2) declararon que ellos no le habían suministrado ninguna información al denunciante ni presenciaron ningún hecho relacionado con la desaparición del joven Gerson González, obran en el expediente otras pruebas que aseguran lo contrario.

En efecto, el joven Gabriel de Jesús Santiago Salazar (fls. 307-308 C-2), aseguró haber presenciado el momento de la retención de Gerson. Su relato fue el siguiente:

“Yo estaba en mi casa en el segundo piso cuando entonces GERSON venía subiendo, como a las 9 a 10 de la mañana, frente a la casa por UNIRROYAL , las Peñitas, cuando dos señores armados lo cogieron, no se que le dirían y lo montaron al carro y se perdieron dándole la vuelta al rompoy (sic), pasando por Tractopartes donde se encontraba el mudo, Rafael que le dicen el Boca..., Jaime Méndez...es un vehículo Trooper, de dos puertas, color blanco, con la llanta de repuesto atrás, tenía los vidrios polarizados”.

Al ser interrogado sobre la razón por la cual en oportunidad anterior declaró que el vehículo era de color negro y además no describió las características físicas del conductor del vehículo y en la última declaración aseguró que el vehículo en el que fue retenido Gerson era blanco y describió al conductor, manifestó que eso se debió a que “estaba asustado” y en esos días lo estaban siguiendo.

Ante la Procuraduría rindió testimonio el señor Toni Noriega Baquero (fls. 21-25 C-3), quien manifestó que el día 20 de noviembre de 1992, aproximadamente a las 9:30 de la mañana, mientras espera el autobús en la esquina de la avenida Las Peñitas con la calle 22, al lado del establecimiento “El Cementero”, observó que dos hombres que estaban atravesando la avenida se dirigieron hacia Gerson, que venía subiendo por la calle, se acercaron a él, lo empujaron y lo llevaron al otro lado de la avenida donde estaba estacionado un vehículo de color blanco, aunque no observó que hubieran abordado dicho vehículo porque no siguió prestando atención a lo que pasaba.

No obstante, en declaración rendida por el señor Luis Adolfo González Espinosa ante la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría (fls. 361-365 C-

2)), manifestó que el señor Toni Noriega le había manifestado que en realidad no había presenciado el hecho, pero que había decidido declarar porque “quería ayudar a la investigación por la desaparición de mi hijo, porque como la gente que vio no quiere declarar por miedo, decidió declarar lo que otros habían visto en realidad”.

En la declaración que rindió ante la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía el señor Jorge Enrique Salgado González (fls. 405-410 C-2), manifestó que en las horas de la noche del 19 de noviembre de 1992, luego de haber sido sorprendidos por agentes del DAS realizando la llamada al señor Adolfo Macareno habló con Donaldo Arias, quien le expresó que se iba a ir de Sincelejo porque los agentes del DAS estaban tras él. Al día siguiente volvieron a encontrarse y mientras hablaban pasaron los agentes del DAS que los venían siguiendo. Horas más tarde fue a la casa de Gerson González y le sugirió que abandonaran el pueblo, pero éste se negó a hacerlo. En horas de la noche volvieron a pasar los agentes por su casa.

Manifestó haber presenciado las circunstancias en las cuales fue retenido Gerson González. Su relato fue el siguiente:

“...yo subí hasta donde quedaba Torcoroma y vi la camioneta del DAS, Toyota, cuatro puertas, blanca, y yo me fui al taller y me escondí detrás de una pared y me quedé por espacio de unos quince minutos cuando vi que GERSON subía y pasó del andén del almacén El Cementero al otro andén del Uniroyal, de ahí lo llamó un señor del DAS, el chino que andaba con la cadena gruesa de oro..., el chino llamó a GERSON hablaron y pasó el señor de la cadena gruesa con las gafas y él sacó una pistola y lo encañonó, eso fue en la esquina del Cementero, pasaron la avenida y en la esquina del taller estaba otro señor del DAS, el que tenía la mochila negra con franjas blancas, ahí se juntaron

los tres y lo montaron en la camioneta. GERSON quedó en la parte trasera del vehículo...”.

Aclaró que esos hechos no los había informado en las primeras declaraciones que rindió por temor a las represalias de los agentes del DAS. Además aclaró que cuando presenció la retención de Gerson viajó hasta un municipio cercano y de ahí a Cartagena donde fue a buscarlo la señora Judith González para que aclarara la situación, y que durante tres años estuvo escondido en la isla de Barú por temor, hasta el año de 1996 cuando decidió viajar a Bogotá, con el fin de aclarar su situación jurídica.

4.2. La coartada de los agentes del DAS en relación con el vehículo blanco donde fue retenido Gerson González.

A solicitud de la parte demandada, el director seccional del DAS de Sucre aportó copia de los folios 323 a 327 del libro de minuta de guardia del año 1992, correspondientes a las anotaciones de las labores realizadas por esa unidad el 20 de noviembre de 1992, en las cuales consta que en esa fecha, a las 7:45 salió el “conductor Alcides Medina con el carro Toyota blanco para el taller Osorio a una reparación” y a las 16:15 p.m. figura la siguiente anotación: “remisión del señor Antonio María Pérez Orozco...para la fiscalía...van en la camioneta Toyota blanca, conducida por Alcides Medina, quien la trajo del taller Osorio de una reparación” (fls. 209-213 C-2).

El señor Rómulo Guillermo Betancur Garrido (fls. 56-63 C-3), quien para la época de los hechos se desempeñaba como director del DAS, seccional Sucre, afirmó que el vehículo Toyota blanco de esa unidad estuvo en el taller del señor

Emerson Osorio el día en que ocurrió el hecho, para que le efectuaron unas reparaciones que no hacían posible utilizar el vehículo.

No obstante, el señor Emerson Julio Osorio, dueño del taller donde supuestamente fue llevado el vehículo a reparar declaró (fls. 231-233 C-4) que la camioneta referida estuvo en su taller del 10 al 13 de noviembre de ese año y sólo al mes siguiente la llevaron al taller para arreglo de “rodamientos y otras cosas”. Aseguró recordar con exactitud las fechas del mes de noviembre en las cuales el vehículo estuvo en el taller porque eran las festividades de Cartagena y además se hallaba incapacitado, razón por la cual el trabajo de reparación lo realizó su hermano. En respuesta a la pregunta formulada por el despacho sobre si le había comentado de la visita de la entidad al agente del DAS Alcides Medina, respondió: “yo le pregunté y él me dijo dile que esa camioneta estaba ahí”.

Considera la Sala que estas pruebas son suficientes para afirmar que agentes del DAS retuvieron al señor Gerson González, quien no fue puesto a órdenes de las autoridades competentes y de quien no se volvió a tener noticia desde entonces.

Existe certeza de que el señor Adolfo Macareno (a. Roger) fue víctima del delito de extorsión en el cual participó Gerson González y que en razón de la denuncia que formuló, los funcionarios del DAS idearon un operativo para identificar los autores del hecho, consistente en rastrear las llamadas. Ese hecho fue suficientemente acreditado con las versiones del denunciante y de los agentes del DAS que participaron en el operativo, las cuales ya fueron relacionadas.

Igualmente, existe certeza de que la última llamada realizada al señor Adolfo Macareno se realizó desde un teléfono ubicado al frente del hospital local. Hecho que fue confirmado no sólo con el testimonio de uno de los autores del mismo, el

señor Jorge Salgado, sino además, con la inspección realizada a las oficinas de TELECOM.

Los agentes del DAS se abstuvieron de detener a los autores de las llamadas extorsivas, a quienes sorprendieron en flagrancia, pero desde ese momento comenzaron a seguirlos, lo cual fue confirmado por Jorge Salgado y se puede inferir del hecho de que el señor Donaldo Arias, a quienes se señala como el organizador de la extorsión, haya huido desde esa misma fecha.

Según los testigos que manifestaron haber presenciado la retención de Gerson González, los agentes del DAS se lo llevaron en una camioneta blanca de propiedad de la entidad y efectivamente, para la época de los hechos el DAS, seccional Sucre, contaba con una camioneta Mazda, de color blanco. Adicionalmente, resulta bastante comprometedor que los agentes del DAS hubieran dejado constancia en el libro de minuta diaria de que el vehículo fue llevado al taller el día de los hechos, afirmación que aparece desvirtuada por la declaración de su propietario.

Si bien el testimonio de cada una de las personas que afirmaron haber presenciado la retención de Gerson González puede ser criticado, así: el del señor Jesús Santiago Salazar por las contradicciones en las versiones rendidas ante la Fiscalía, en relación con el color del vehículo y la descripción de los autores del hecho; el del señor Toni Noriega Baquero porque el padre de la víctima, señor Luis Adolfo González Espinosa, manifestó que éste le había dicho que en realidad no había presenciado el hecho, pero que había declarado porque todo el pueblo conocía la realidad pero nadie quería comprometerse, y el de Jorge Enrique Salgado González porque fue coautor de la extorsión, era pariente del desaparecido y además, no afirmó ese hecho desde el inicio de las

investigaciones. Hay coincidencia en el hecho de que todos los testigos aseguren con firmeza que la retención de Gerson González fue realizada por agentes del DAS, lo cual se ve reforzado por la insistencia del señor Luis Adolfo González de que se investigara el hecho y haberle reclamado a los señores Jacobo González y Rafael Méndez por negarse a declarar en los procesos.

En síntesis, la persistencia del señor Adolfo González para que se investigara la desaparición de su hijo desde el mismo momento en que ésta se produjo; la sindicación que hizo a los agentes del DAS desde el comienzo en razón de las información que recibió; el hecho de que los agentes del DAS no hubieran realizado la detención de los autores de las llamadas extorsivas, a pesar de haberlos sorprendido en flagrancia y además, pretender demostrar la inutilización del vehículo durante las horas en que se produjo la retención de Gerson González, aunado a las pruebas testimoniales, que aunque ameritan críticas de manera individual, en su conjunto son unánimes al manifestar que aquél fue retenido por agentes del DAS en una camioneta blanca de la entidad, proporcionan a la Sala suficientes elementos de juicio que permiten afirmar que el Estado debe responder por la desaparición forzada de que fue víctima Gerson González porque agentes de seguridad a su servicio, prevalidos de esa condición, utilizando un vehículo de propiedad de la entidad demandada y en ejercicio de sus funciones resolvieron retenerlo y no lo pusieron a disposición de las autoridades judiciales competentes para que lo juzgaran por su actuación, respetando todas las garantías procesales.

Es cierto que la prueba testimonial no es contundente y la mayoría de los testigos citados niegan haber tenido conocimiento directo del hecho, pero el fallador no puede perder de vista, de acuerdo con las reglas de la experiencia, que en este tipo de eventos los testigos asumen esa actitud por temor, porque no quieren

comprometer su integridad ni sufrir la misma suerte frente a quienes demostraron infringir impunemente la ley y desconocer derechos los fundamentales de las personas.

No obstante que las investigaciones penal y disciplinaria que se adelantaron con el fin de establecer la identidad de los autores del crimen han resultado infructuosas, porque las dudas existentes han sido resueltas a favor de los inculpados, ésta situación no es óbice para que se condene al Estado porque la falla del servicio es anónima, es decir, no se requiere que exista certeza sobre la identidad del servidor público causante del daño, ya que basta con que se acredite que éste es imputable al Estado.

Recuérdese que la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos consideró que existía certeza de que la retención y posterior desaparición de Gerson González fue realizada por agentes del DAS y esto es suficiente para condenar al Estado por el daño causado a sus parientes.

V. La indemnización de perjuicios.

Se aportó certificados de los registros civiles del matrimonio de Luis Adolfo González Espinosa y Yadira Ester Arroyo Hurtado y del nacimiento de Gerson Jairzinho, Luis Adolfo, Yadira Ester, Raúl Antonio, María Bernarda, Adolfo Rafael, Luzmila Bernarda, Emilia Bernarda, Edu Dalacerna y Yazmín Bernarda González Arroyo, hijos de los primeros nombrados, así como del nacimiento de Ermelina Esther González, hija de María Bernarda González Arroyo (fls. 28-39 C-1), con los cuales quedó acreditado que los demandantes son los padres, hermanos y sobrina de la víctima.

En relación con los perjuicios **morales** sufridos por los demandantes con la desaparición del señor Gerson González, declararon los señores Angel Rafael Pereira Peñate (fls. 118-120 C-2), María Cristina Suárez Acosta (fls. 121-122 C-2), Martín Guillermo Llerena Henríquez (fls. 123-124 C-2), Adolfo Juan Montes de Oca (fls. 202-203 C-2), Manuel María Sarmiento Gazabón (fls. 204-205 C-2), Emperatriz López Bertel (fls. 226-227 C-2).

Además, tal como consideró la Sala en decisión reciente¹⁰, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los eventos de desaparición forzada se presume el daño moral de los parientes más próximos:

“...con respecto al daño moral sufrido como consecuencia de la vulneración a derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que dicho daño se presume, dada la naturaleza misma de las violaciones, así como el hecho de que es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes experimente un sufrimiento moral. Se ha entendido también, que en la medida en que las víctimas hayan sufrido, sufrirán también sus familiares, de allí que la gravedad e intensidad del sufrimiento causado a las víctimas, constituyen criterios determinantes para valorar el perjuicio sufrido por aquellos”.

Se reconocerá en el caso concreto el valor máximo que la jurisprudencia ha concedido en relación con el daño moral en consideración a la gravedad del sufrimiento padecido por los demandantes¹¹, pero con la limitación de las pretensiones formuladas en la demanda para no vulnerar la prohibición de la reforma en peor (art. 375 C.P.C.).

En consecuencia, se reconocerá a los padres de Gerson González, quienes se considera que sufrieron el mayor dolor, el equivalente en pesos de mil gramos oro

¹⁰ Sentencia del 7 de febrero de 2002, exp. 21.266.

porque esa fue la pretensión y dicho valor es inferior a 100 salarios mínimos legales, que es el máximo reconocido por la jurisprudencia para este tipo de eventos¹².

En efecto, el valor del gramo oro a la fecha de la sentencia es de \$27.201,51, por lo que mil gramos de oro equivalen a \$27.201.510, en tanto que el valor del salario mínimo legal es \$309.000 y en consecuencia, 100 salarios mínimos legales equivalen a \$30.900.000.

A los hermanos, de acuerdo con el último criterio jurisprudencial adoptado por la Sala, puede reconocérseles hasta 50 salarios mínimos legales mensuales, que equivalen a \$15.450.000, suma inferior a la pretendida en la demanda que fue de 1.000 gramos oro, esto es, \$27.201.510.

No se reconocerán perjuicios morales a favor de la sobrina porque no se demostraron. El mismo demandante Luis Adolfo González Espinosa (fls. 8-9 C-4) y su hermana la señora Judith Esther González Espinosa (fls. 62-63 C-4), afirmaron que Gerson González no residía en la casa de sus padres sino en la de ésta última, por lo cual no hay razón para presumir el dolor sufrido por su sobrina.

Tampoco se reconocerán perjuicios materiales a favor de los padres porque no está demostrado el daño, es decir, no se acreditó que el desaparecido atendiera a su subsistencia¹³.

¹¹ A este respecto, sentencia del 11 de septiembre de 1997, exp: 11.600

¹² En sentencia de la Sección del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646, se fijó en cien salarios mínimos legales mensuales el valor del perjuicio moral, en los eventos de mayor intensidad.

¹³ Ha considerado la Sala que en relación con los padres y hermanos de la víctima no se presume el lucro cesante y que tanto su existencia como su cuantía deben ser probados por la parte actora, a diferencia de lo que ocurre con los hijos menores y el cónyuge en relación con los cuales ha

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 11 de septiembre de 1996 y en su lugar se decide:

Primero. Se declara administrativamente responsable a la NACIÓN-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -DAS-, de la desaparición del señor GERSON JAIRZHINO GONZALEZ ARROYO.

Segundo. En consecuencia se condena a la entidad a pagar por concepto de perjuicios morales a LUIS ADOLFO GONZALEZ ESPINOSA y YADIRA ESTER ARROYO de GONZALEZ, la suma de VEINTISIETE MILLONES DOSCIENTOS UN MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS M.L. (\$27.201.510), para cada uno; a LUZMILA BERNARDA, MARIA BERNARDA, EMILIA BERNARDA, YASMIN BERNARDA, RAUL ANTONIO, ADOLFO RAFAEL y EDU DELACERNA GONZALEZ ARROYO, la suma de QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$15.450.000), para cada uno.

aceptado que opera una presunción en virtud de la obligación alimentaria que establece el artículo 411 del Código Civil. Ver, por ejemplo, sentencias del 10 de septiembre de 1998, expediente: 10.820 y del 6 de noviembre de 1998, exp: 10.565.

Tercero. Se deniegan las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del decreto 359 del 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la demandante serán entregadas al apoderado judicial que la ha venido representando.

Quinto. Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

RICARDO HOYOS DUQUE
Presidente de la Sala

JESÚS M. CARRILLO BALLESTEROS

MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR