

**FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO / PALACIO DE JUSTICIA / FUERZA PUBLICA - Funciones / DERECHOS FUNDAMENTALES - Protección / RETENCION DE PERSONAS / PRIVACION DE LA LIBERTAD / DESAPARICION FORZADA - Prohibición / ESTADO DE DERECHO / GUERRILLERA - Desaparición**

Observa la Sala acorde con el material probatorio obrante en el proceso que la conducta de los miembros de la fuerza pública contravino las funciones que les impone la Carta Política, pues con ello desconocieron la tutela y protección de los derechos fundamentales de los asociados, olvidando que ellos se disienten, atacan o vulneran el régimen constitucional vigente también merecen su protección. 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 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 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 los demás proscribire la Carta Política. Puede afirmarse entonces, que en un Estado de Derecho nada autoriza ni justifica que individuo alguno sea sometido a desaparición forzada pues es merecedor de todo respeto por su mera condición de persona sea que el sujeto actúe por fuera de la ley o ceñido a ella.

**PERJUICIOS MORALES A HERMANOS - Fundamentos / DAÑO ANTIJURIDICO / RELACION DE CAUSALIDAD / PRESUNCION DE DOLOR**

La Sala deja en claro que la indemnización que se establece en favor de los demandantes (hermanos de la desaparecida) tiene como fundamento el daño antijurídico el cual se originó como consecuencia de la desbordada acción de la fuerza pública que tuvo origen en una conducta reprochable desplegada por la desaparecida en los hechos del Palacio de Justicia. En tales términos el reconocimiento de tales perjuicios para los accionantes, tiene como sustento el régimen de responsabilidad que descansa en la falta o falla del servicio imputable a la administración por la detención y posterior desaparición de Irma Franco, en las circunstancias anotadas. Así las cosas, como se advierte que en el caso sub examine la administración no demostró haber actuado bajo los parámetros que impone el respeto por la seguridad de la persona detenida, forzoso es concluir que resulta responsable de reparar patrimonialmente los daños causados a los

demandantes. El daño y la relación de causalidad como se dijo quedaron bien demostrados a través de los diferentes medios de convicción aportados al proceso los cuales son claros en señalar que la reconocida insurgente Irma Franco Pineda desapareció en forma inexplicable cuando se encontraba en poder de las fuerzas militares. No sobra advertir que si la rebelde en el hipotético caso de haber perecido en el enfrentamiento armado contra las fuerzas del orden, no habría lugar a reconocer indemnización en favor de los demandantes pues operaría la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad para la administración. En tal sentido la corporación prohíja la condena que por concepto de perjuicios morales fijó el a - quo en favor de los hermanos de la víctima, esto es, de Elizabeth Lucrecia, Pedro Hermizul, María del Socorro, Mercedes y Jorge Franco Pineda el equivalente en pesos de quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno de ellos pues se presume que la desaparición de un familiar en las circunstancias descritas ocasiona profunda aflicción moral a sus allegados. La sala se inhibirá de pronunciarse con respecto a las pretensiones incoadas por la señora María Eugenia Franco Pineda pues ella no otorgó poder para demandar y por tanto el apoderado que lleva la representación carece de personería jurídica para actuar en defensa de sus intereses. NOTA

DE RELATORIA: Se menciona la sentencia de 29 de junio de 1995, Exp. 10203.

#### **INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MATERIALES - Improcedencia / ACTIVIDADES ILICITAS – Improcedencia. Indemnización de perjuicios**

Se denegará el reconocimiento de perjuicios materiales que reclaman los demandantes por la desaparición de su consanguínea Irma Franco Pineda por cuanto el mandatario judicial que los representa en el proceso no cuestionó la denegatoria de dicho rubro por parte del tribunal, mostrándose así conforme con tal decisión. Además porque tampoco aparece acreditado en el expediente que los demandantes dependieran económicamente de la víctima, y por otro lado en tanto que no constituye fuente de indemnización la pérdida de ingresos o ayudas provenientes de actividades ilícitas como a las que se dedicaba la desaparecida.

#### **DEVOLUCION DE CADAVER - Improcedencia / PRUEBA DE LA MUERTE - Inexistencia**

Por otra parte la petición que formula el apoderado de la parte actora, consistente en que las autoridades devuelvan el cadáver de Irma Franco Pineda a su familia, al respecto la Sala advierte que dicha solicitud no es posible satisfacerla por cuanto no está probado en el expediente que ella hubiese fallecido, que hubiese sido hallado el cadáver y por ende que la autoridad tenga alguna información del lugar donde pueda encontrarse.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS**

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre once (11) de mil novecientos noventa y siete (1997)

**Radicación número: 11600**

**Actor: ELIZABETH FRANCO PINEDA Y OTROS**

**Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA, POLICIA NACIONAL.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Ministerio de Defensa, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día 12 de octubre de 1995, mediante la cual resolvió la demanda presentada el día 6 de noviembre de 1987. El a - quo en la referida providencia dispuso lo siguiente:

" PRIMERO: Declárase administrativamente responsable a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA, por los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985, en los cuales desapareció IRMA FRANCO PINEDA.

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

" El equivalente a QUINIENTOS (500) GRAMOS DE ORO FINO, a cada uno de los demandantes señores ELIZABETH, LUCRECIA, PEDRO HERMIZUL, MARIA DEL SOCORRO, MARIA EUFEMIA, MERCEDES y JORGE FRANCO PINEDA. Se advierte que el valor del gramo oro será el que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

" TERCERO: Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

" CUARTO: Si este fallo no fuere apelado consúltese con el superior." (fl. 506 C.1).

#### **I. ANTECEDENTES:**

1o. Lo que se demanda.

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la Acción de Reparación Directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., y a través de apoderado judicial común, los ciudadanos ELIZABETH, LUCRECIA, PEDRO HERMIZUL, MARIA DEL SOCORRO, MARIA EUFEMIA, MERCEDES y JORGE FRANCO PINEDA, presentaron demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional, para que esa entidad

fuese declarada administrativamente responsable por la desaparición forzada de la joven IRMA FRANCO PINEDA, en hechos ocurridos en el Palacio de Justicia, los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

En relación con la anterior declaración, los citados demandantes solicitan que se les pague a título de indemnización por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos de 500 gramos de oro fino para cada uno de ellos.

Por la modalidad de daños materiales reclaman el que cobija el daño emergente y el lucro cesante, en la cuantía que resulte demostrada dentro del proceso, debidamente actualizada, más el pago de los intereses compensatorios de dicha suma, a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

## **II. HECHOS:**

El fundamento que informa la causa de las pretensiones aquí planteadas se contrae a lo siguiente:

"El 4 de mayo de 1983 el doctor Pedro I. Camacho, catedrático de la Universidad Libre, fue designado por la secretaría de la Facultad de Derecho como Director del Trabajo de Investigación dirigida de la estudiante IRMA FRANCO PINEDA, quien con su trabajo titulado "LA AMNISTIA" aspiraba a obtener el título de Abogada de dicha Universidad.

" Esa razón y su permanente motivación hacia las materias jurídicas la animaban a visitar el Palacio de Justicia con el fin de consultar la jurisprudencia del Consejo de Estado y particularmente de la Corte Suprema de Justicia, quien recientemente había sentado la jurisprudencia y dado concepto sobre la constitucionalidad de la Ley de Amnistía.

" El día 6 de noviembre de 1985 IRMA FRANCO se había dirigido al Palacio de Justicia con el fin de consultar la jurisprudencia existente sobre los antecedentes de la Amnistía en Colombia. Sin embargo, sobre la presencia de Irma dentro del Palacio de Justicia existió la versión sobre su participación activa en la toma del Palacio, como integrante o por lo menos cómplice del Movimiento Revolucionario M - 19.

"A las 11:40 hora en la cual comenzó la toma guerrillera por parte del M - 19, IRMA FRANCO se encontraba dentro de las instalaciones del Palacio de Justicia.

" II. Una vez se inició la operación de rescate IRMA FRANCO es rescatada por el Ejército, llevada a la sede de la Casa del Florero

" Fue puesta bajo estrictas medidas de seguridad inicialmente al cuidado del soldado EDGAR MORENO FIGUEROA por cuanto fue señalada bajo sospecha de haber participado como cómplice del grupo guerrillero que asaltó el Palacio.

" III. IRMA FRANCO PINEDA mientras estuvo bajo la vigilancia del soldado EDGAR MORENO FIGUEROA, le solicitó a éste que llamara a su casa y avisara a su hermana MERCEDES FRANCO, que había sido detenida por la brigada, pero el soldado sólo llamó dos días después y al mes volvió a llamar preocupado por la suerte de la persona que había salido del Palacio con vida, que había estado bajo su protección, pero que no había vuelto a aparecer ni el Ejército daba ninguna razón acerca de su paradero.

" IV. La familia de IRMA FRANCO PINEDA a partir de esa fecha ha realizado infinidad de averiguaciones para indagar acerca del paradero de su hermana pero solo han recibido un mutismo absoluto por parte del Gobierno Nacional y de las Fuerzas Armadas.

" V. Actualmente cursa en la Brigada del Ejército Nacional, proceso penal para investigar la desaparición de la señorita IRMA FRANCO, por determinación de la Juez 14 Superior quien acoge una de las recomendaciones del Tribunal Especial." (fls. 5 - 7 C - 1).

### **III. LA APELADA SENTENCIA**

Los razonamientos expuestos por el a - quo, para la definición de la controversia de orden extracontractual, surgida entre la administración y los accionantes, determinan que la entidad demandada, resulta responsable por la desaparición de la joven IRMA FRANCO PINEDA.

Sostiene que los diferentes elementos probatorios aducidos al proceso, respaldan fehacientemente esta conclusión, toda vez que de ellos se infiere, especialmente de la prueba documental y testimonial que la citada estudiante, para el momento del desenlace de la tragedia del Palacio de Justicia, se encontraba en su interior, fue retenida por miembros de la fuerza pública y posteriormente desapareció cuando se encontraba en su poder, sin que hasta entonces se tenga conocimiento de cual pudo ser su suerte.

En sentir del a - quo, por lo señalado, y ante la falta de medios de convicción que evidencien la ausencia de responsabilidad de la entidad demandada, atribuye a ésta la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados

por el proceder anómalo e irregular de los efectivos, quienes no explicaron la razón de desaparición de la precitada persona.

En relación con las pretensiones que formulan los demandantes, desestima el tribunal las que concierne a los daños materiales, por falta de prueba sobre su ocurrencia, a tiempo que accede a reconocer los perjuicios morales en cuantía equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para cada uno de los accionantes, los cuales acudieron en calidad de hermanos de la víctima.

#### **IV. EL RECURSO DE APELACION:**

En primer término lo interpuso el apoderado de la Nación - Ministerio de Defensa, para que la providencia se revoque y en consecuencia se exonere a su representada de la responsabilidad patrimonial que le derivan a raíz de los hechos que tuvieron lugar los días 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia.

En su exposición argumenta que las pruebas aportadas por la parte actora, para demostrar la responsabilidad de la administración, dejan serias dudas, pues de ellas no se infiere necesariamente que la entidad demandada hubiese dado cabida con su proceder en la operación militar del Palacio de Justicia a la falta o falla del servicio. Estima que no puede presumirse dicha falla, sino que han de acreditarse sus elementos integrantes, los cuales son ampliamente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia de la Corporación y que paradójicamente no aparecen estructurados en el caso. Opina que no fue probado el desconocimiento del derecho de gentes, con la desaparición de la joven IRMA FRANCO PINEDA, a manos de la fuerza pública, y de otro lado aduce que el material probatorio esta viciado de nulidad por no haber sido posible controvertirlo en los procesos penales y disciplinarios que se adelantaron para el esclarecimiento de la conducta de los funcionarios que presuntamente se vieron comprometidos con los hechos a estudio.

Dice igualmente en el escrito contentivo del recurso de apelación que el tribunal incurrió en errores de apreciación objetiva en cuanto a la tasación de los perjuicios morales que favorece a los demandantes, por cuanto presume que todos los familiares de la desaparecida, sienten una misma intensidad de dolor, sin tener en cuenta que por lo general en este tipo de relaciones las mismas

varían en dicho núcleo familiar, llegándose al extremo de darse entre ellos sentimientos de diversa intensidad y naturaleza lo cual conduce a mirar cada caso en particular.

Critica la providencia de instancia en cuanto inobservó que la demandante MARIA EUFEMIA FRANCO, carece de legitimación para intervenir como parte en el proceso, por no constituir apoderado conforme lo señala la ley.

Dicha posición con respecto a la mencionada actora, condujo a la entidad demandada a solicitar la denegación de las pretensiones, bajo el siguiente enfoque:

"..De acuerdo con el numeral 7o. del artículo 149 del Código de Procedimiento Civil, el proceso es nulo cuando es indebida la representación de las partes.

" El mismo numeral especifica que tratándose de apoderados judiciales, esta causal sólo se configurará por carencia total del poder para el respectivo proceso.

" En el poder que acompaña a la demanda, no aparece como poderdante la señora María Eufemia Franco.

" A pesar de ello, el apoderado de la parte demandante solicitó que se condenara al pago de los perjuicios sufridos por María Eufemia Franco.

" La anterior solicitud, hizo incurrir al Tribunal en el error de condenar a la nación al pago de los perjuicios sufridos por una persona que no otorgó poder para demandar.

"Teniendo en cuenta lo anterior, le solicito al Consejo de Estado revoque la sentencia apelada y en su lugar exonere a la Nación del pago de los perjuicios reconocidos a la señora María Eufemia Franco, ya que se ha configurado una causal de nulidad absoluta de todo lo actuado en relación con dicha señora.

" Sobre este respecto el Consejo de Estado mediante auto del 26 de septiembre de 1991, expediente 6498, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo señaló:

" En otros términos, tal como lo da a entender el Tribunal, sí se configuró en el proceso de la referencia la causal de nulidad contemplada en el numeral 7 del artículo 140 del c.p.c. Y se configuró la causal porque se dio la carencia total de poder para demandar al municipio de Medellín y no a una insuficiencia de poder. Tal defecto se consideró sustancial e incorregible "porque la orden de corrección implicaría imponerle a los poderdantes la obligación de otorgar otro

poder para demandar a otra persona", evento en el cual "cuando tal mandato se cumpliera, la acción de reparación directa contra entidad ya estaría caducada.". (fls. 537 - 538 C.1).

Por su parte el apoderado de la parte actora en el recurso de alzada adujo los siguientes criterios:

" Pues bien, ya hemos visto que el desarrollo de los hechos fueron consecuencia de una actuación falente de las autoridades del Estado, quienes hicieron posible la desaparición de IRMA FRANCO PINEDA, de no haber ocurrido lo primero seguramente no se hubiera producido lo segundo...". (subrayado mío) (Tomado de la sentencia emitida en Sala por la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo, en el proceso de la referencia, el día 12 de octubre de 1995, hojas 12, 13 y 14 de la misma).

" Por todo lo anterior, solicito del Consejo de Estado en mi carácter de colombiano y Representante Judicial de la familia FRANCO PINEDA, se pronuncie tal y como consagra el salvamento de voto del H. Magistrado BENJAMIN HERRERA BARBOSA "..... a la sentencia de fecha noviembre 16 de 1995 proferida por la H. Magistrada FABIOLA OROZCO DE NIÑO en el proceso de reparación directa No. 87 - D - 4084 Demandante: MARIA INES CASTIBLANCO TORRES Y OTRO".

" .....En el presente caso, trátase de desaparición de un ser humano de cuya suerte no se ha tenido noticia, a pesar de que han transcurrido mas de diez años.

" En tal hipótesis, la manera de corregir y poner freno a la falla achacable al Estado, no es solamente la de ordenar un pago dinerario, sino que resulta menester ordenar al estado que tome las medidas necesarias para regresar a la sociedad a dicha persona, o al menos entregar a sus familiares demandantes sus restos mortales.....".

"....En conclusión a mi juicio con todo respeto me parece que la condena ha debido extenderse a conminar al Estado para tomar las medidas indispensables en orden a devolver a la víctima, o sus restos a su familia, porque con ello se lograba una indemnización plena acorde con lo pedido en la demanda.....". (Tomado del expediente 87 - D - 4084, salvamento de voto a la sentencia antes mencionada, páginas 2 y 5)". (fls. 517 - 518 C. 1).

## **V. LA ACTUACION EN ESTA INSTANCIA.**

En el término que señaló el ad - quem para alegar, el mandatario judicial de los demandantes, pide, que para todos los efectos pertinentes, se tenga en cuenta las razones y formulaciones aducidas en el memorial de apelación.

Por su parte, la entidad demandada se remiten a las razones expuestas, en el escrito que sirvió de fundamento para el de apelación, enfatizando que los hechos endilgados a su mandataria fueron provocados por la actuación exclusiva de un tercero, conocido públicamente como el denominado grupo subversivo M - 19, hechos éstos que deben exonerar a la administración.

Una vez registrada la posición jurídica de las partes sobre la actuación que se debate en el proceso y conocidos los argumentos en que apoyó el tribunal de instancia su decisión, para resolver se,

### **CONSIDERA**

La sentencia recurrida en lo sustancial será confirmada, empero la Sala se declarará inhibida para conocer de las pretensiones de la señora María Eufemia Franco por no haber constituido apoderado para representarla en el proceso.

Ahora bien, en lo concerniente al asunto que ocupa la atención de la Sala, el abundante material probatorio que en su oportunidad relacionó el a - quo muestra con claridad que la conocida insurgente Irma Franco Pineda, quien participó activamente en la toma del Palacio de Justicia, luego de ser evacuada de dichas instalaciones por las fuerzas del orden a la sede de la casa del Florero el día 6 de noviembre de 1985, fue puesta bajo la vigilancia especial del conscripto Edgar Moreno Figueroa quien cumpliendo órdenes de sus superiores la dejó a disposición de una patrulla de la misma institución, miembros de la fuerza pública que si bien no fueron identificados existe, sinembargo certeza de acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, que la mencionada subversiva militante para entonces del grupo guerrillero M - 19 desapareció en poder de unidades de la Institución Militar.

En el informe del Gobierno publicado el 17 de junio de 1986 en el Diario Oficial se menciona, y así se tendrá, que Irma Franco Pineda "fue fácilmente reconocible porque su presencia fue exageradamente notoria en varias dependencias del Palacio. Primeramente en las del Consejo de Estado cuando se preparaba, desde dentro para colaborar en la ocupación. Fue vista por muchos funcionarios. Luego, porque los rehenes mantenidos en el baño la

identificaron con mucha facilidad por su atuendo que la diferencia claramente del de sus compañeras de aventura revolucionaria: usaba falda a cuadros o escocesa, botas altas, blusa de color beige. Además, su actitud la hacía foco de todas las miradas. Fue ella la encargada del suministro de provisiones de todo orden guerrillero, generalmente a la puerta del baño..."

Por otra parte se observa en el estudio del caso sub - lite, que la investigación disciplinaria adelantada a instancias del Procurador General de la Nación, cuyo trámite condujo a la destitución del Coronel Edilberto Sánchez Rubiano, trajo como consecuencia que a dicho oficial se le declarara " responsable del primer cargo formulado en el oficio 3332 del 27 de junio / 89 referente a la desaparición de la guerrillera IRMA FRANCO PINEDA, quien de acuerdo con las pruebas existentes salió con vida del Palacio de Justicia y trasladada a la Casa del Florero desconociéndose hasta la fecha su actual paradero. (...)" . (fl. 99 a 127 c.2).

De otro lado obra también el testimonio de la señora Magallys Arévalo (empleada de la cafetería), quien afirmó haber visto en la Casa del Florero " a la guerrillera que en todo momento estuvo de civil, la de la falda escocesa, blusa beige y botas de color café..., a ella la ví en la Casa del Florero, no dentro sino afuera, recostada en un carro que está cerca a la iglesia y a un militar estaba ahí, eso fue tan rápido y a mi me metieron a la Casa del Florero que no supe mas". La declaración del señor Héctor Dario Correa: (Citador de la Sala Constitucional) quien sostuvo: "con nosotros salió una guerrillera, precisamente la que decía que era como pecosita, de pelo largo, de falda escocesa larga, blusa morada y medias negras, la cual habían subido al segundo piso" (de la Casa del Florero).

Las versiones anteriores fueron recogidas en el citado Diario Oficial en el cual se informó lo siguiente:

"Las declaraciones de los empleados de la Casa del Florero quienes tuvieron oportunidad de observar detenida y serenamente a los asilados en dicho museo y describen con gran precisión a la mujer y confirmar plenamente los testimonios copiados. Por último, deponen sobre el hecho de que a las ocho de la noche del día 7 de noviembre ella fue sacada en un campero con destino desconocido hasta hoy....

"Los rehenes y los celadores del Museo la reconocieron, aquellos por haberla visto personalmente durante su cautiverio y éstos por comparación con las fotografías publicadas en los diarios con posterioridad a la recuperación del Palacio.

"El testimonio de los celadores da fe que en las primeras horas de la noche del 7 de noviembre, la guerrillera fue sacada del Museo y embarcada en un Campero, sin que aún se tenga noticia de su paradero. (Pag. 60)" (folios 498 - 501, C.1)

Observa la Sala acorde con el material probatorio obrante en el proceso que la conducta de los miembros de la fuerza pública contravino las funciones que les impone la Carta Política, pues con ello desconocieron la tutela y protección de los derechos fundamentales de los asociados, olvidando que aquellos que disienten, atacan o vulneran el régimen constitucional vigente también merecen su protección.

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 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 proscribire la Carta Política, en cuyo artículo 12 establece:

“ Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

Puede afirmarse entonces, según lo prescrito anteriormente, que en un Estado de Derecho nada autoriza ni justifica que individuo alguno sea sometido a desaparición forzada pues es merecedor de todo respeto por su mera condición de persona sea que el sujeto actúe por fuera de la ley o ceñido a ella.

La Sala deja en claro que la indemnización que se establece en favor de los demandantes (hermanos de la desaparecida) tiene como fundamento el daño antijurídico el cual se originó como consecuencia de la desbordada acción de la fuerza pública que tuvo origen en una conducta reprochable desplegada por la desaparecida en los hechos del Palacio de Justicia. En tales términos el reconocimiento de tales perjuicios para los accionantes, tiene como sustento el régimen de responsabilidad que descansa en la falta o falla del servicio imputable a la administración por la detención y posterior desaparición de Irma Franco, en las circunstancias anotadas.

Así las cosas, como se advierte que en el caso sub - examine la administración no demostró haber actuado bajo los parámetros que impone el respeto por la seguridad de la persona detenida, forzoso es concluir que resulta responsable de reparar patrimonialmente los daños causados a los demandantes.

En la materia la Sala ha tenido ocasión de precisar que "las fuerzas armadas, en cumplimiento de su misión deben ser particularmente cuidadosas para no abusar del poder, garantizar la seguridad de los ciudadanos dejando constancia de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de las retenciones o aprehensiones que tuviere que ejecutar, así como del acto de liberación de los sujetos con iguales indicaciones".

En aquella oportunidad, con ponencia del suscrito Consejero, la Sala anotó:

" A la luz de la sana crítica, analizado el acervo probatorio no hay duda para la Sala sobre la responsabilidad patrimonial de la administración respecto de los demandantes a quienes se causó daño por la desaparición de SILVER RUENES MEJIA en manos de las Fuerzas Militares, organismo que en eventos como el investigado adquieren una obligación de resultado y le compete la carga de la prueba, ante lo cual permaneció pasivo e indiferente, lo cual es censurable porque el ciudadano debe tener seguridad y garantías en general, pero especialmente marcadas por cuanto por cualquier circunstancia esta bajo la protección de la Fuerza Pública, quien como ya se dijo debe otorgar no solo seguridad sino dejar constancia de la misma.". ( Sentencia de 29 de junio de 1995, expediente 10203).

El daño y la relación de causalidad como se dijo quedaron bien demostrados a través de los diferentes medios de convicción aportados al proceso los cuales son claros en señalar que la reconocida insurgente Irma Franco Pineda desapareció en forma inexplicable cuando se encontraba en poder de las fuerzas militares. No sobra advertir que si la rebelde en el hipotético caso de haber perecido en el enfrentamiento armado contra las fuerzas del orden, no habría lugar a reconocer indemnización en favor de los demandantes pues operaría la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad para la administración.

En tal sentido la Corporación prohíja la condena que por concepto de perjuicios morales fijó el a - quo en favor de los hermanos de la víctima, esto es, de Elizabeth, Lucrecia, Pedro Hermizul, María del Socorro, Mercedes y Jorge Franco Pineda el equivalente en pesos de quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno de ellos pues se presume que la desaparición de un familiar en las circunstancias descritas ocasiona profunda aflicción moral a sus allegados. La Sala se inhibirá de pronunciarse con respecto a las pretensiones incoadas por la señora María Eufemia Franco Pineda pues ella no otorgó poder para demandar y por tanto el apoderado que lleva la representación carece de personería jurídica para actuar en defensa de sus intereses.

Se denegará el reconocimiento de perjuicios materiales que reclaman los demandantes por la desaparición de su consanguínea Irma Franco Pineda por cuanto el mandatario judicial que los representa en el proceso no cuestionó la denegatoria de dicho rubro por parte del tribunal, mostrándose así conforme con tal decisión. Además porque tampoco aparece acreditado en el expediente que los demandantes dependieran económicamente de la víctima, y

por otro lado en tanto que no constituye fuente de indemnización la pérdida de ingresos o ayudas provenientes de actividades ilícitas como a las que se dedicaba la desaparecida.

Por otra parte la petición que formula el apoderado de la parte actora, folio 518 del C.1. consistente en que las autoridades devuelvan el cadáver de Irma Franco Pineda a su familia, al respecto la Sala advierte que dicha solicitud no es posible satisfacerla por cuanto no está probado en el expediente que ella hubiese fallecido, que hubiese sido hallado el cadáver y por ende que la autoridad tenga alguna información del lugar donde pueda encontrarse.

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

## **F A L L A**

PRIMERO: CONFIRMANSE los numerales primero (1o.) y tercero (3o.) y cuarto (4o.) de la sentencia calendada el día doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

SEGUNDO: REVOCASE el numeral segundo (2o.) de la misma sentencia, el cual quedará así:

2o - CONDÉNASE a la Nación, Ministerio de Defensa, a pagar por concepto de perjuicios morales la suma equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno de los hermanos de Irma Franco Pineda que se indican a continuación:

- Elizabeth, Lucrecia, Pedro Hermizul, María del Socorro, Mercedes y Jorge Franco Pineda.

TERCERO - INHIBESE la Sala para hacer pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones de MARÍA EUFEMIA FRANCO PINEDA.

CUARTO: A este fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. Para tal fin expídanse copias de la sentencia con destino a los interesados y por conducto del apoderado que ha llevado la representación de los demandantes dentro del proceso, precisando cual de ellas presta mérito ejecutivo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto No. 359 del 22 de febrero de 1995, reglamentario de la ley 179 de 1994.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JESUS MARIA CARRILLO B.**

**JUAN DE DIOS MONTES H.**

**DANIEL SUAREZ HERNANDEZ**

**RICARDO HOYOS DUQUE**

**LOLA ELISA BENAVIDES LOPEZ**

**Secretaria**