

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA
SALA PLENA**

SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA

Santiago de Cali, veintidós (22) de febrero de dos mil trece (2013)

RADICACIÓN: 76-001-33-31-001-2008-00134-01 (ACUMULADO 2008-00157-00)

ACCIÓN: GRUPO

DEMANDANTE: FABIOLA PERDOMO ESTRADA y OTROS

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL VALLE y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR A. VALERO NISIMBLAT

Dada la derrota del proyecto inicial sometido a consideración por Magistrado de esta Corporación Franklin Pérez Camargo, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada POLICÍA NACIONAL, contra la sentencia del 11 de mayo de 2012, su complementaria del 7 de junio siguiente y el auto interlocutorio de la misma fecha, proferidos por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cali, mediante los cuales se condenó al MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL por los perjuicios causados a los demandantes, en calidad de familiares de los fallecidos Diputados de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca.

I. ANTECEDENTES

A.- PROCESO 2008-00134-00

Los familiares de HÉCTOR FABIO ARISMENDI OSPINA, CARLOS ALBERTO BARRAGÁN, HÉCTOR ALBERTO CHARRY QUIROGA, RAMIRO ECHEVERRY SÁNCHEZ, FRANCISCO JAVIER GIRALDO CADAVID, JAIRO JAVIER HOYOS SALCEDO, JUAN CARLOS NARVÁEZ REYES, NACIANCENO OROZCO, EDISON PÉREZ NÚÑEZ, ALBERTO QUINTERO HERRERA y RUFINO VARELA, quienes fungieron como Diputados a la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, interpusieron acción de grupo contra el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y el MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, con miras a obtener la declaratoria de responsabilidad por los perjuicios a ellos ocasionados con ocasión de la muerte de los mencionados ediles el día 18 de junio de 2007.

Los demandantes, quienes pertenecen a los núcleos familiares de los fallecidos, concretamente son los siguientes:

Por el Exdiputado HÉCTOR FABIO ARISMENDI (o ARISMENDY) OSPINA: su cónyuge MARÍA CONSUELO MESA GÓMEZ, sus hijos JUAN CAMILO y SEBASTIÁN ARISMENDI (o ARISMENDY) MESA y sus hermanos OLGA LUCÍA, GLORIA CILENE y JORGE HERNÁN ARISMENDI (o ARISMENDY) OSPINA.

Por el Exdiputado CARLOS ALBERTO CHARRY QUIROGA: su compañera permanente GABBY CRISTINA SÁNCHEZ LOPEZ, sus hijas DIANA CAROLINA, LAURA XIMENA CHARRY SÁNCHEZ y PAOLA ANDREA MEDINA SÁNCHEZ (hijastra), sus suegros DANIEL OSCAR SÁNCHEZ VALDEZ y LUZ MARÍA LÓPEZ DE SÁNCHEZ, su cuñado OSCAR DANIEL SÁNCHEZ LÓPEZ, su tía MARINA TARQUINA CHARRY CHARRY, su tía política MARÍA BEIBA BENÍTEZ DE CHARRY, su madre CELMIRA QUIROGA SEGURA, su hermana AMPARO CHARRY QUIROGA, su cuñado JHON JAIRO VALENCIA MURILLO y su sobrino JUAN SEBASTIÁN VALENCIA CHARRY.

Por el Exdiputado RAMIRO ECHEVERRY (o ECHEVERRI) SÁNCHEZ: su cónyuge ANA MILENA GÓMEZ DE ECHEVERRY (o ECHEVERRI), sus hijos DIANA MILENA y RAMIRO ANDRÉS ECHEVERRY (o ECHEVERRI) GÓMEZ, sus hermanos GRACIELA y TRÁNSITO SÁNCHEZ y su sobrina MERLY ROCÍO APARICIO SÁNCHEZ.

Por el Exdiputado JAIRO JAVIER HOYOS SALCEDO: su nuera GLORIA AMPARO MORENO DE NARVÁEZ y su nieta DANIELA MORENO HOYOS.

Por el Exdiputado JUAN CARLOS NARVÁEZ REYES: su compañera permanente FABIOLA PERDOMO ESTRADA, sus hijos DANIELA y JUAN CARLOS NARVÁEZ, su madre LUZ MARINA REYES DE NARVÁEZ, y sus hermanos ALVARO RICARDO, LUÍS EDUARDO, DIEGO LUÍS, CECILIA YOLANDA y GLORIA AMPARO NARVÁEZ REYES.

Por el Exdiputado EDISON PÉREZ NUÑEZ: su madre AIDA NUÑEZ DE PÉREZ, sus hermanos VICENTE y ARACELLY PÉREZ NÚÑEZ y sus sobrinos GUSTAVO ADOLFO y LUZ ÁNGELA ZAPATA NÚÑEZ.

Por el Exdiputado ALBERTO QUINTERO HERRERA: sus hermanos JOSÉ DIEGO, LUZ DARY, LUCÍA, RUBIEL, LUZ MILA, MARÍA LUZAIDA (o LUZAYDA) y LUZ MERY QUINTERO y sus sobrinos RICARDO ANDRÉS y NATALIA QUINTERO LÓPEZ, LUZ STELLA GALVIS QUINTERO y GERARDO QUINTERO VARGAS.

Como **PRETENSIONES** se formularon las siguientes:

"PRIMERO: Que se declare que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL y el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA son patrimonialmente responsables, de manera solidaria por los daños y perjuicios causados al grupo de demandantes que proponen la presente Acción de Grupo, con ocasión de la falla del servicio en que aquéllos incurrieron y que dio como resultado la muerte de 11 Ex - Diputados (sic) de la Asamblea

Departamental del Valle, cuyos nombres vienen de exponerse en esta demanda.

SEGUNDO: *Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL y al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA a pagar a favor del indicado grupo demandante que propone la siguiente Acción de Grupo, las sumas que se acrediten respecto de la suma de cada uno de los individuos que lo componen por concepto de los daños y perjuicios sufridos por ellos y que enseguida se discriminan.*

TERCERO: *Que como consecuencia de la primera y segunda pretensiones, se reconozcan sumas equivalente, por concepto de perjuicios materiales (en las modalidades de daño emergente y de lucro cesante) e inmateriales (en las modalidades de daño moral y daño a la vida de relación), respecto de los demás miembros del grupo que resultaron afectados con la muerte de los 11 Ex – Diputados (sic) de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, pese a que no figuren como demandantes en el presente proceso. (En este punto discriminó lo pretendido para cada uno de los actores, por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, y los perjuicios inmateriales en su modalidad de daño moral y daño a la vida en relación).*

CUARTA: *Que, como consecuencia de la primera y segunda pretensiones, las sumas que se reconozcan a favor del grupo demandante de la presente Acción de Grupo sean debidamente actualizadas al momento de la ejecutoria del fallo.*

QUINTA: *Que como consecuencia de la primera y segunda pretensiones, se reconozcan los intereses comerciales y moratorios a que haya lugar desde la ejecutoria del fallo, en los términos artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*

SEXTA: *Que se ordene la entrega total del monto total de la indemnización resultante al Fondo de defensa de los Derechos e intereses colectivos a cargo de la Defensoría del Pueblo, para los efectos de los artículos 65 y 71 de la Ley 472 de 1998.*

SEPTIMA: *Que se disponga, (...) el pago previsto en el numeral 6 del artículo 65 de la ley 472 de 1998, respecto de los miembros del grupo de los cuales no he recibido poder."*

Para sustentar las anteriores pretensiones, se narraron los siguientes **HECHOS:**

PRIMERO.- Los señores HÉCTOR FABIO ARISMENDI (o ARISMENDY) OSPINA, CARLOS ALBERTO BARRAGAN, HÉCTOR ALBERTO CHARRY QUIROGA, RAMIRO ECHEVERRY (o ECHEVERRI) SANCHEZ, FRANCISCO JAVIER GIRALDO CADAVID, JAIRO JAVIER HOYOS SALCEDO, SIGIFREDO LÓPEZ, JUAN CARLOS NARVAEZ REYES, NACIANCENO OROZCO, EDINSON PEREZ NUÑEZ, ALBERTO QUINTERO HERRERA Y RUFINO VARELA, por votación popular fueron elegidos diputados de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, para el periodo constitucional 2001-2003.

SEGUNDO.- Para el mes de abril de 2002, los dignatarios desempeñaban funciones en el edificio de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, cuya

ubicación es en la Carrera 9 No. 8-60, Edificio San Luis, de la ciudad de Santiago de Cali.

TERCERO.- El día 11 de abril de 2002, miembros del grupo subversivo “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC”, vistiendo prendas militares, entraron al edificio donde funcionaba esa corporación y aduciendo motivos de seguridad procedieron a desalojar a los funcionarios que laboraban en el lugar, al tiempo que condujeron a los diputados a un vehículo de donde partieron a un rumbo desconocido. Los hechos anteriores se encuentran detallados en video grabado por los mismos miembros del grupo subversivo.

CUARTO.- Para ese mismo día, la seguridad del edificio de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca estuvo a cargo de 2 agentes de la Policía Nacional, como se deduce de los hechos probados en la sentencia del 7 de noviembre de 2006, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Cali, dentro del proceso 2004-01085, cuya copia se aportó al proceso. Posteriormente se estableció que los 12 diputados habían sido secuestrados por las “FARC”.

QUINTO.- Con anterioridad a la fecha del secuestro, el Presidente de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, JUAN CARLOS NARVAEZ REYES, había solicitado al jefe de seguridad de la Gobernación del Valle del Cauca y al Comandante de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, que reforzaran las medidas de seguridad de los ediles pues venían siendo amenazados por los grupos subversivos; sin embargo, se aseguró que las autoridades responsables no atendieron ese llamado.

SEXTO.- Mientras estuvieron secuestrados los 12 diputados, los salarios y prestaciones sociales correspondientes se continuaron pagando a sus familiares, de conformidad con lo establecido por las leyes 282 de 1996 (reglamentada por el Decreto 1923 de 1996), 586 de 2000 y 986 de 2005.

SÉPTIMO.- Más tarde, el 28 de junio de 2007, las “FARC” emitieron un comunicado a través de la página web de la ANNCOL (Agencia de Noticias Nueva Colombia), indicando que el 18 de junio de 2007 once de los secuestrados habían muerto. Este, como los anteriores, constituye un hecho notorio en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

OCTAVO.- Los cadáveres de los exfuncionarios fueron recuperados el 3 de septiembre siguiente por una comisión de la Cruz Roja Internacional.

NOVENO.- Posteriormente la Comisión Forense Internacional de la Organización de Estados Americanos – OEA, emitió el 14 de septiembre de 2007 un informe en el que detalló, entre otros factores, el número de proyectiles que hicieron impacto en el cuerpo de cada fallecido, el lugar de entrada y salida de los mismos, su trayectoria y el calibre de las armas utilizadas. Por su parte, el personal del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la

Fiscalía General de la Nación (CTI), llegó hasta el sitio donde fueron dejados los cuerpos y después de cotejar varias pruebas científicas, estudiar detalles de la escena y sumar los resultados a los estudios forenses, concluyó que los diputados no murieron en fuego cruzado.

DÉCIMO.- Algunos de los familiares iniciaron acciones judiciales para obtener el pago de la indemnización derivada del hecho del secuestro.

UNDÉCIMO.- Una vez determinada la muerte de los 11 exdiputados, se suspendió definitivamente el pago de los salarios y prestaciones que se venían garantizando a sus familiares.

DUODÉCIMO.- En consecuencia, los familiares de los fallecidos fueron afectados por perjuicios de toda índole, en primer lugar, por el secuestro de sus seres queridos y segundo, por sus muertes en cautiverio.

DÉCIMO TERCERO.- Así las cosas, los damnificados presentes en el proceso y los que están ausentes, conforman un grupo al tenor de lo establecido en los artículos 43 y 46 de la Ley 472 de 1998 y la sentencia C-599 de 2004 de la Corte Constitucional; y como tales, tienen la posibilidad de acudir a la presente acción constitucional para reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos.

B.- PROCESO 2008-00157-00 (Cuaderno No. 3).

Los familiares de FRANCISCO JAVIER GIRALDO, EDINSON PÉREZ NUÑEZ, NACIANCENO OROZCO GRISALES, CARLOS ALBERTO BARRAGÁN, RUFINO VARELA, JAIRO JAVIER HOYOS SALCEDO -quienes fungieron como Diputados de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca-, así como los terceros damnificados ANA MARÍA GARCÍA GONZÁLEZ, NÉSTOR GARCÍA GONZÁLEZ, FERNANDO MORALES URIBE, NATALIA QUIÑÓNEZ ROMÁN, LIA ARANA ABELLO, MARLENE BARRAGÁN MURILLO, LUCERO JARAMILLO, JORGE ELIÉCER PALACIOS y ANA CECILIA MARTÍNEZ PARRA, interpusieron acción de grupo contra el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y el MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, con miras igualmente a obtener la declaratoria de responsabilidad por los perjuicios a ellos ocasionados con ocasión de la muerte de los mencionados ediles el día 18 de junio de 2007.

Los demandantes, quienes pertenecen a los núcleos familiares de los fallecidos así como su círculo de afectos, concretamente son los siguientes:

El grupo familiar del Exdiputado FRANCISCO JAVIER GIRALDO está compuesto por su madre MARÍA DEL SOCORRO CADAVID y sus hermanos ALVARO JOSÉ, ANGELA MARÍA y LUÍS FERNANDO GIRALDO.

El grupo familiar del Exdiputado EDINSON PÉREZ NUÑEZ está compuesto por su compañera permanente LUZ ELENA GRAJALES, sus hijos JUAN SEBASTIÁN PÉREZ GRAJALES (menor de edad) y ÁLVARO HERNÁN PIEDRAHÍTA GRAJALES

(hijastro), su hermano CARLOS HERNÁN PÉREZ NÚÑEZ, su cuñada EULALIA RAMÍREZ DE PÉREZ y sus sobrinos JACKELINE, CARLOS ANDRÉS y CRISTIAN CAMILO PÉREZ RAMÍREZ.

El grupo familiar del Exdiputado NACIANCENO OROZCO GRISALES está compuesto por su cónyuge RUBY JARAMILLO CORRALES, sus hijos JULIANA ANDREA (menor de edad) y MANUEL ALEJANDRO OROZCO, sus cuñadas BLANCA ZULMA, LIGIA, ALBA ROCÍO, CONSUELO y MARINA HEROÍNA JARAMILLO CORRALES, sus suegros HEROÍNA CORRALES BUENO y OCTAVIO JARAMILLO MONTOYA y los señores ALBEIRO VALENCIA SOTO y SAMUEL DUQUE, quienes acuden en calidad de cónyuges de las cuñadas del fallecido.

El grupo familiar del Exdiputado CARLOS ALBERTO BARRAGÁN está compuesto por su cónyuge ERIKA PATRICIA SERNA CADAVID, sus hijos CARLOS ANDRÉS (menor de edad), MELISSA y DIEGO FERNANDO BARRAGÁN (menor de edad), la señora ADRIANA RÍOS GARCÍA -en su calidad de madre del anterior-, sus padres CARLOS BARRAGÁN LOZADA y MARLENE LÓPEZ DE BARRAGÁN, sus hermanos ADRIANA MARÍA, FELIPE y HERNAN DARÍO BARRAGÁN LÓPEZ, su cuñado JORGE CARRILLO y sus sobrinos MARÍA PAULINA CARRILLO BARRAGÁN, MANUELA CARRILLO BARRAGÁN y MARÍA ANTONIA BARRAGÁN MARULANDA.

El grupo familiar del Exdiputado RUFINO VARELA está compuesto por su cónyuge BLANCA LEONOR ORTEGA, sus hermanos ENRIQUETA, MARÍA NIEVES, ARNULFO, HERMES, JAMES y GUILLERMO VARELA COBO, su tía LIBORIA COBO DÍAZ, sus sobrinos MARÍA ELENA, HOOVER, MARISOL, FHANOR, ELBERT, MILBIA MARÍA, MARYURI y MARILIN VERGARA VARELA; ALEXANDER, NILSON y ADRIANA DÍAZ VARELA; YOVANNI VARELA URIBE, NATALIE VARELA GARCÍA, ANYELA PAOLA VARELA MARTÍNEZ, DIANA CAROLINA VARELA y PEDRO VICENTE CÓRDOVA COBO, su suegra ALICIA DUEÑAS DE ORTEGA, sus cuñadas EIRA MARINA, LUZ MYRIAN y YOLANDA ORTEGA DUEÑAS, sus sobrinos políticos EDGAR ALEXANDER, MAURICIO ANDRÉS y CRISTIAN CAMILO CERÓN ORTEGA, CARLOS DAVID, VALENTINA y SORAYA GIRÓN ORTEGA y LUZ MYRIAM BORRERO ORTEGA, y su ahijado JUAN CAMILO CÓRDOVA PRADO.

El grupo familiar del Exdiputado JAIRO JAVIER HOYOS SALCEDO está compuesto por su cónyuge CARMEN EMILIA GARCÍA DE HOYOS, sus hijos EFRAÍN ALBERTO, JHON JAIRO y DIEGO FERNANDO HOYOS GARCÍA así como el menor JAIRO ANDRÉS HOYOS RUIZ, sus nueras CAROLA GIL MURILLO y OMNIR SIOMARA MEDINA, sus nietas SOFÍA y SUSANA HOYOS GIL, NICOLE VALERIA HOYOS MEDINA y DANIELA HOYOS MORENO, su padre EFRAÍN DE JESÚS HOYOS DÍAZ, sus hermanos RODRIGO, MARÍA MERCEDES, GILMA TERESA, FRANCISCO FERNANDO, JOSÉ EUGENIO, EFRAÍN ALBERTO, MARY ELENA, OLIVERIO, PEDRO PABLO y JULIÁN HOYOS SALCEDO, así como BRILLIT LOAIZA; sus cuñados JACKELINE SÁNCHEZ SAAVEDRA, JORGE ENRIQUE ORREGO, ADELA DE JESÚS ESCOBAR, HELMER GONZÁLEZ

SERRANO, FRANCIA LISBETH BELTRÁN GIRALDO y GLORIA STELLA MONTOYA DE HOYOS, sus sobrinos OLIVER ANDRÉS e ISABELA HOYOS, CESAR EUGENIO, DIANA ISABEL y JORGE ENRIQUE ORREGO HOYOS, FERNANDO ALBERTO EFRAÍN ANDRÉS y MARÍA ALEXANDRA HOYOS ESCOBAR, HELMER EDUARDO y GILMA GONZÁLEZ HOYOS, DANIEL FERNANDO y DIANA LORENA HOYOS BELTRÁN, JUAN PABLO, ANDRÉS FELIPE y GILMA CAROLINA HOYOS MONTOYA, ANGELA MARÍA HOYOS CALLE, MARILUZ y CLAUDIA ROCÍO MONTOYA RÍOS.

Así mismo, pese a que no pertenecen a ningún grupo familiar, también acuden en calidad de demandantes, como terceros damnificados, los señores ANA MARÍA GONZÁLEZ, NESTOR GARCÍA GONZÁLEZ, CRISTIAN GARCÍA BERMEO, GEORGETTE y MAURICIO GARCÍA BERMEO, FERNANDO ANDRÉS MORALES URIBE, NATALIA QUIÑÓNEZ ROMÁN, LIA ARANA BELLO, MARLENE BARRAGÁN MURILLO, LUCERO JARAMILLO, JORGE ELIECER PALACIO y ANA CECILIA MARTÍNEZ PARRA.

Como **PRETENSIONES**, solicitaron las siguientes:

'1. Se declare patrimonial y administrativamente responsable al ente demandado por los perjuicios derivados del hecho dañino, ocasionado a mis mandantes.

2. Como consecuencia, se condene al ente demandado a reconocer y pagar los perjuicios a mis mandantes tal como se relacionaron en el acápite de 'perjuicios' (la liquidación de los perjuicios obra a folios 412-427 del cuaderno No. 3).

Para sustentarlas, se narraron los siguientes **HECHOS**:

PRIMERO.- Los señores Jairo Javier Hoyos Salcedo, Nacienceno Orozco Grisales, Carlos Alberto Barragán López, Francisco Javier Giraldo Cadavid, Edinson Pérez Núñez y Rufino Varela, fueron elegidos diputados a la Asamblea Departamental del Valle del Cauca para el periodo 2001 a 2003, cargo que ejercieron hasta el 11 de abril de 2002, cuando fueron secuestrados por el grupo subversivo FARC. Para la comisión del ilícito, los actores armados ingresaron a las instalaciones donde funcionaba la Corporación mediante engaños, haciéndose pasar por efectivos del Ejército Nacional en desarrollo de un operativo que se realizaba por una supuesta amenaza de bomba, que ellos mismos generaron.

SEGUNDO.- Con anterioridad a los hechos, el 13 de febrero de 2002, el presidente de la Asamblea de la época, JUAN CARLOS NARVÁEZ dirigió un oficio al *'Jefe de Seguridad de la Nación Mayor retirado Luis Fernando García'* en el cual le solicitaba impartir órdenes a los porteros y coordinar con la Policía Nacional el ingreso al edificio donde funciona la Asamblea Departamental. *'El 21 de febrero de 2002 le reitero (sic) su preocupación por el no cumplimiento de la solicitud anteriormente mencionada. El 18 de marzo de 2002, dirigió al*

Comandante de la Policía Metropolitana de la época (...) solicitando protección personal a los diputados y al edificio donde sesiona la Asamblea’.

TERCERO.- *‘El 10 de abril de 2002, es decir, un día antes del secuestro se llevo (sic) a cabo en la sede de la Asamblea Departamental un Consejo de Seguridad con el fin de analiza (sic) los aspectos del numeral anterior siendo invitados entre otros el Brigadier General Luis Alfredo Rodríguez y el Comandante de la Policía del Valle Coronel Javier Darío Pareja.’*

CUARTO.- *Pese a los anteriores requerimientos, para el día de los hechos, en el recinto donde funciona la Asamblea únicamente dos miembros de la policía prestaban el servicio de vigilancia. ‘La seguridad era totalmente precaria para un edificio de su magnitud y la cantidad de personas que diariamente ingresan al mismo’. Agregó que el cuidado de esas instalaciones estaba en cabeza de la Policía Nacional y del Departamento del Valle, ‘por cuanto desde la Gobernación que queda ubicada a escasos metros se coordinaban las labores de seguridad del edificio San Luis tal como consta en el libro de minutas de la Gobernación.’.*

QUINTO.- *‘Los plagiados fueron llevados con engaño hacia los Farallones de Cali y en el sitio llamado Peñas Blancas, en donde fueron cambiados de una buseta a un furgón. En dicho sitio fueron dejadas en libertad cinco (5) personas que no eran diputados entre ellos la señora Doris Hernández, asistente del Diputado Juan Carlos Narváez.’*

SEXTO.- *‘Los Diputados fueron asesinados en cautiverio el 18 de junio de 2007, tal como lo expresó el Sr. Presidente de la República a los medios de comunicación, entre ellos a la Revista Semana, edición del 8 de marzo de 2007.’ Agregó que ‘Los diputados fueron asesinados a ‘quemarropa’ con 95 disparos de fusil AK-47, tal como señala la investigación de la Fiscalía y lo registra la Revista Semana en la edición del 28 de noviembre de 2007.’. Cita el informe técnico elaborado por la Fiscalía para explicar de manera detallada las circunstancias de muerte de cada uno de los exdiputados.*

SÉPTIMO.- *Como consecuencia del múltiple homicidio, se intensificó el dolor de cada uno de los familiares y allegados de los ediles, principalmente por la forma cruel y bárbara en que se desarrolló ese evento. Los afectados inclusive necesitaron ayuda psicológica y psiquiátrica para afrontar los trastornos emocionales padecidos.*

OCTAVO.- *‘Se presentó una falle del servicio por parte de la fuerza pública y el Departamento del Valle del Cauca encargada de procurar la vigilancia del edificio y de la vida de los Diputados pues ya el Presidente de la Asamblea había solicitado en forma vehemente la protección de las autoridades sin que sus suplicas (sic) fueran escuchadas y que al final concluyo (sic) con el asesinato de los diputados’.*

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cali – Valle. Se admitió mediante auto obrante a folios 316-320 del cuaderno primero y fue debidamente notificada a las entidades demandadas, así como a la comunidad en general. Cabe agregar que el proceso No. 2008-0157-00 que estaba siendo tramitado ante el Juzgado 15 Administrativo de Cali y donde se reclamaban pretensiones fundadas en los mismos hechos (cuaderno No. 3 del expediente), fue acumulado al proceso tramitado ante el Juzgado Primero Administrativo de Cali, mediante auto interlocutorio No. 626 obrante a folios 554-557 del cuaderno No. 1, en virtud de lo establecido en los artículos 157 y subsiguientes del Código de Procedimiento Civil, aplicables a la acción de grupo por remisión expresa del artículo 68 de la Ley 472 de 1998. Por tal razón, ambas controversias se dirimieron bajo la misma cuerda procesal.

CONTESTACIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

El **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** (Fls. 392-410 cdno. No. 1 y 591-606 del cdno. No. 3), adujo que no tuvo participación en los hechos ni incurrió en violación de mandato normativo alguno, pues los actos correspondientes a las autoridades militares y de policía no dependen del ente territorial. Igualmente recordó que en materia de orden público, conforme el artículo 303 de la Carta, el Presidente de la República es el jefe supremo de la Administración. Pese a ello, aclaró que el gobernador de la época y sus sucesores hicieron todo lo que estaba a su alcance desde el ámbito de sus competencias, recordando que *'nadie está obligado a lo imposible'*.

Respecto la ocurrencia del hecho dañoso, argumentó que la situación de orden público que atraviesa el país aunada a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió el secuestro, hacían imposible preveer su comisión, de suerte que las entidades de policía y de seguridad difícilmente podrían haber evitado el acaecimiento reprochado; aclarando que pese a ello la respuesta de las autoridades fue inmediata una vez detectaron la ocurrencia del secuestro.

Seguidamente opinó que *'Los hechos que concluyeron con el secuestro y muerte de los diputados (...) pudieron deberse al parecer a diversas razones de orden político a nivel nacional, de orden militar, estratégico y de infraestructura de medios, pero no ocurrieron por acción ni por omisión de ninguna clase [del] Departamento del Valle del Cauca, que pueda endilgársele en su obligación de prestar el servicio de seguridad y protección a la vida de los asociados'*.

Destacó además que a la fecha de la demanda, existían otras reclamaciones judiciales presentadas por las partes que actúan en el presente proceso, donde solicitaban indemnización por el hecho del secuestro de los diputados, las cuales se encontraban pendientes de ser decididas.

Por lo anterior, propuso como excepciones la *'falta de legitimación en la causa por pasiva'*, en tanto el Departamento no tuvo ninguna injerencia en las causas que produjeron el hecho, *máxime* si no hubo delegación expresa del Presidente

de la República –el superior- para ejercer mandatos concretos de seguridad; *'ausencia de nexo causal'* bajo el entendido que la causación del perjuicio no fue producto de conducta alguna de la entidad territorial; *'pleito pendiente'* excepción propuesta teniendo en cuenta que a la fecha de presentación de la demanda existían otros líbelos interpuestos por los aquí demandantes donde reclamaban indemnización por los daños derivados del secuestro de los diputados. Finalizó su ponencia solicitando la condena en costas a los actores.

Por su parte, la **POLICÍA NACIONAL** (fls. 430-432 del cdno. No.1 y 609-611 del cdno. No. 3.) expuso que el hecho dañoso fue causado por un tercero -el grupo guerrillero FARC-, y la operación ilícita por éste realizada era de muy difícil previsión para las autoridades. En este punto explicó que es imposible para las fuerzas del estado *'establecer en que (sic) momento y a que (sic) horas, se iba a realizar este atentado contra la población, por parte de los terroristas de las FARC, ya que las fuerzas armadas de nuestro País (sic) tienen que cubrir extensas zonas del territorio nacional, y no se encuentran en capacidad de disponer destacamentos de soldados y Policías (sic) para que garantice la seguridad de cada uno de los ciudadanos Colombianos (sic)'*.

Adujo seguidamente, que no existió la omisión planteada en la demanda, pues la Policía Nacional se encontraba cumpliendo con su obligación de garantizar la seguridad tanto de la ciudad de Cali como del Departamento del Valle del Cauca, y de manera especial en el recinto donde funciona la Corporación territorial, donde se tenía dispuesta vigilancia policiva a la entrada del edificio con el fin de requisar a todas las personas que entraban al lugar, tal y como se demuestra con las minutas de guardia y servicios para el día de los hechos.

Agregó que *'No se puede hablar de omisión de las autoridades de policía en este caso, donde uno de sus efectivos (Agente de Policía), el día de los hechos cuando se encontraba de vigilancia en el Edificio donde funcionaba la Asamblea Departamental, perdió la vida cumpliendo con su deber policial, a manos de estos terroristas.'* Coincidió además con lo alegado por la parte demandada DEPARTAMENTO DEL VALLE en lo atinente a la actitud diligente asumida por las fuerzas del Estado una vez conocieron que la supuesta operación militar que los subversivos usaban como fachada, era en realidad un engaño para secuestrar a los ediles, resaltando además que cuando se iniciaron los operativos de rescate respectivos, los violentos usaron a los plagiados como escudos humanos, contingencia que impidió continuar con la persecución pues prima la vida de estos.

Así las cosas, solicitó se negaran las pretensiones de la demanda, pues el único causante del daño fue el hecho de un tercero, lo que rompe por completo el nexos causal, de suerte que se destruye la responsabilidad extracontractual que se pretende endilgar al Estado.

Finalizó su intervención proponiendo la excepción de *'prejudicialidad'*, pues con fundamento en el numeral 2 del artículo 70 del Estatuto Procedimental Civil, la

demandante Fabiola Perdomo y su grupo familiar ya había impetrado demanda de reparación directa ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, radicada con el No. 2004-1085, donde solicitaron indemnización por la muerte de su familiar. Deprecó así la suspensión del proceso.

De igual forma en la contestación del proceso que se acumuló al principal, tramitado en el Juzgado Quince Administrativo de Cali, este extremo procesal propuso la misma excepción frente a la demandante MARIA DEL SOCORRO CADAVID y su grupo familiar, pues también impetraron demanda de Reparación Directa ante este Tribunal en el mismo sentido e igual propósito.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y TRÁMITE SUBSIGUIENTE

Previa suspensión, el día 5 de mayo de 2010, se celebró audiencia de conciliación consagrada en el artículo 61 de la Ley 472 de 1998 (folios 890-893 del cuaderno 1B), la cual fue declarada fallida. Más adelante, por auto interlocutorio obrante a folios 898-904 del cuaderno 1B se abrió el debate a periodo probatorio, decisión que fue complementada en proveídos yacientes a folios 1037-1039 y 1050-1051 ibídem. Seguidamente, mediante impulso sustanciatorio No. 703 se declaró vencida la etapa anterior y se dispuso a correr traslado a las partes para que presentaran alegatos (fl. 1078 cuaderno No. 1B). Cabe aclarar que en este punto el proceso estuvo bajo el conocimiento del Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Cali (fls. 1073-1074 ibídem), despacho que devolvió las foliaturas al juzgado de conocimiento mediante auto que se encuentra a folio 1267 ejusdem.

En la etapa de **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**, los apoderados de la parte demandante hicieron la respectiva intervención (el grupo de María Socorro Cadavid a folios 1079-1097 cdno. 1B, y el grupo de Fabiola Perdomo a folios 1213-1218 ibídem) donde reafirmaron sus argumentaciones anteriores. Lo propio hizo la entidad demandada **POLICÍA NACIONAL** a folios 1230-1233 del mismo cuaderno, mientras que el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA guardó silencio.

Por su parte, el **MINISTERIO PÚBLICO** emitió el concepto de rigor (fls. 1234-1260 ib.), donde solicitó acceder a las pretensiones de la demanda por encontrarse configurada la responsabilidad de los entes accionados por falla en el servicio en tanto su conducta omisiva fue factor determinante en la producción del daño por el que ahora se reclama indemnización. Sostuvo que la justicia contencioso administrativa ya había condenado a las entidades demandadas por el hecho del secuestro y si bien la muerte de los diputados fue causada en estricto rigor por el hecho posterior de un tercero, la mencionada falla del servicio en que incurrieron las demandadas que inicialmente desembocó en el rapto constituyó también la causa eficiente de su subsiguiente deceso, amén que creó el riesgo imputable a la administración, que se materializó y por tal razón debe ser resarcido.

LAS DECISIONES OBJETO DE APELACIÓN

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cali – Valle accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (fls. 1663-1744 del cuaderno No. 1C). Para ello estimó que había prueba suficiente sobre la responsabilidad de la POLICÍA NACIONAL en el hecho del secuestro de los Diputados, pues mediante sentencias judiciales ejecutoriadas, la justicia en lo Contencioso Administrativo corroboró esa situación. El punto a dirimir, a juicio de la *A quo*, era determinar si la omisión en que incurrieron las demandadas que desembocó en el secuestro de los ediles, fue también la causa eficiente de su deceso.

Así las cosas, expresó que si bien no obra dentro del expediente prueba alguna de la cual se pueda inferir que los servidores públicos hayan muerto en medio de un operativo militar cuyo objeto haya sido su liberación, o como consecuencia de fuego cruzado, proyectiles de las fuerzas regulares o alguna actuación de las entidades accionadas; atribuyó los mencionados decesos al Estado en aplicación de la teoría del *daño especial*, argumentando que la causa que generó el daño antijurídico a los aquí accionantes fue el secuestro, el cual una vez ocurrido sometió a las víctimas directas en una situación de constante peligro a su vida e integridad, amén de que estaban en indefensión.

Expuso en este punto que si el Estado no hubiese omitido sus obligaciones de vigilancia y protección, se habría roto el nexo causal y este suceso no hubiere culminado con la muerte de los diputados, ya que la responsabilidad no se impone por el secuestro mismo, sino por la omisión o abstención estatal frente al secuestro ya que esta es la causa que produjo el daño. En tal contexto, adujo que la *teoría del daño especial* permite una explicación más clara y concisa sobre la responsabilidad estatal pues debido a su desarrollo constitucional, impregna un contenido basado en principios superiores para la solución de casos concretos.

Ahora, con respecto a la excepción de PREJUDICIALIDAD propuesta por la parte pasiva, indicó que la Reparación Directa radicada bajo el No. 2004-1085 incoada por la señora FABIOLA PERDOMO, estaba dirigida al estudio de responsabilidad frente al secuestro, mientras que la presente controversia se promovió por hechos distintos, el fallecimiento de los ex diputados, lo cual dio lugar a no declarar probada la excepción.

No obstante, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto el DEPARTAMENTO DEL VALLE, dejando como responsable únicamente a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL.

Es de aclarar que posteriormente se complementó la decisión impugnada mediante fallo del 7 de junio de 2012, mediante la cual se resuelve la solicitud de adición y/o aclaración interpuesta por el apoderado coordinador de los demandantes (1803-1828 ib.), amén de haberse expedido el auto interlocutorio

No. 427 (fls. 1830-1847 ejusdem), mediante el cual se corrigió algunas liquidaciones de perjuicios reconocidas a la parte actora.

LOS RECURSOS DE ALZADA

La apoderada judicial de la parte demandada y los apoderados de los demandantes presentaron recurso de apelación oportunamente ante esta Corporación, en los siguientes términos:

La **POLICÍA NACIONAL** (fls. 1873-1886 del cuaderno 1C) tras reiterar los contenidos de sus intervenciones anteriores, explicó que para atribuir responsabilidades es necesario tener en cuenta dos momentos, el secuestro, por el cual la Policía Nacional ya está pagando los perjuicios a los familiares de las víctimas, y el fallecimiento, que ocurrió en territorios en donde la defensa y vigilancia le compete al Ejército Nacional, de suerte que no es dable imputarle tal circunstancia, sin mencionar que fueron las FARC quienes causaron el siniestro.

Así las cosas, propone que se ha roto el nexo causal que debe existir entre la conducta de la administración y el daño infringido.

En cuanto a la indemnización por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro a favor de los demandantes, discrepó de su reconocimiento, precisando que aunque al momento de los hechos las víctimas se desarrollaban profesionalmente, nunca se suspendió el pago de salarios y prestaciones sociales a sus familiares como lo dispone la Ley 282 de 1996, reglamentada por el Decreto 1923 de 1996; erogaciones que se realizaron desde el 11 de abril de 2002 hasta el 18 de junio de 2007 (fecha del deceso), de manera que, al recibir las familias afectadas los salarios y prestaciones sociales de los fallecidos en virtud de sus cargos, no les asiste derecho a la indemnización de perjuicios materiales por concepto de lucro cesante consolidado.

Así mismo predica que no es posible tener como base para liquidar este perjuicio desde el año 2007 hasta el 2012, lo que devengaban al momento de ser secuestrados, pues no percibían salarios sino honorarios por la sesión a la que asistían, y además porque su cargo era temporal, desde la fecha de su elección mediante voto popular, hasta el cumplimiento de dicho período en el año 2003.

También se mostró inconforme con la decisión de declarar probada la excepción FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA a favor del Departamento del Valle del Cauca, ya que es obligación de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y de esa entidad territorial, prestar la seguridad al edificio de la Asamblea, al ser una entidad adscrita al Departamento. Además, solicitó allegar al expediente la foliatura penal contentiva del proceso adelantado contra el Exdiputado sobreviviente Sigifredo López, pues estimó que de ser cierta su

participación en el secuestro, la responsabilidad por los hechos acaecidos recaería en el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, concretamente en su Asamblea Departamental, pues uno de sus agentes participó en la causación del daño.

Por otro lado, la demandante **DORA RUIZ AGUADO** (fls. 1864-1872 del cdno No. 3) cuestionó la decisión asumida en el fallo complementario, en tanto si bien se la reconoce como damnificada y/o compañera permanente del señor JAIRO JAVIER HOYOS SALCEDO, ordenó dividir la indemnización entre su hijo común JAIRO ANDRÉS HOYOS RUIZ y ella.

Al respecto, predicó que tal mandato viola el derecho fundamental de la igualdad; pues tanto la cónyuge como compañera permanente tienen el mismo tratamiento para efectos de recibir indemnización por los daños, evento en el cual sería procedente la mencionada división; pero no puede aplicarse ese criterio cuando la indemnización de la madre surja en menoscabo de lo reconocido por este concepto al hijo.

El grupo de **DEMANDANTES** apoderados por el abogado Luis Mario Duque, también cuestionaron lo decidido por la *A quo*, tanto en la sentencia como en el fallo complementario por los siguientes puntos:

Se negó el reconocimiento de perjuicios morales y de daño a la vida de relación a los siguientes grupos familiares, bajo el argumento de que dichos perjuicios ya fueron indemnizados en los procesos incoados por el secuestro de los ex diputados:

- Grupo familiar de EDINSON PÉREZ NÚÑEZ:

Luz Elena Grajales Lozano (Esposa).

Juan Sebastián Pérez (Hijo).

- Grupo familiar de NACIANCENO OROZCO GRISALES:

Ruby Jaramillo (Esposa).

Juliana Jaramillo (Hija).

Manuel Alejandro Orozco Jaramillo (Hijo).

Sobre este aspecto, alegó el recurrente que la defunción de los assembleistas en cautiverio, generó una afectación distinta y de mayor forma a la sentida por su secuestro.

Por otro lado, se negaron perjuicios para la demandante BRILLIT LOAIZA al no existir material probatorio que acredite su causación, concepto no compartido por el recurrente quien informó que por el contrario sí se demostró que era hija reconocida del fallecido JAIRO JAVIER HOYOS SALCEDO, como se constata con el Registro Civil de Nacimiento de la accionante, visible a folio 794 del Cuaderno 1B y en memorial radicado el 11 de diciembre de 2009.

El Juez de la Instancia en su Sentencia, condenó a La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, al pago del perjuicio a la Vida de Relación para todos los actores en la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a los parientes más cercanos, y 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los hermanos, montos que no son de recibo para el apelante, toda vez que al quedar demostrada la forma como fueron asesinados los diputados, solicitó su reconocimiento conforme a lo pedido en la demanda.

El **GRUPO DE ACCIONANTES** apoderados por el abogado Iván Hernández Villegas (fls. 1896-1899 del cdno. No. 1C) igualmente reprocharon lo decidido por la juez de instancia. En concreto, respecto de los perjuicios morales y daño a la vida de relación, solicitaron ajustar las condenas reconocidas por estos rubros de conformidad con las pretensiones de la demanda, amén de revocar la decisión que niega estos perjuicios a favor de los petentes relacionados en los numerales 8º y 9º de la parte resolutive de la Sentencia y no incluidos en el fallo complementario.

Lo anterior, bajo el argumento de que no es lo mismo el dolor causado por el secuestro a la afección sufrida por el perecimiento, pues en realidad se trata de pretensiones con orígenes distintos. Arguye que mientras los disputados estuvieron retenidos en contra de su voluntad los familiares contaban con la esperanza de verlos con vida, pero al conocer su asesinato, se sufrieron un perjuicio nuevo de mayor entidad.

De igual forma, este grupo solicitó en sede de alzada el reajuste de las indemnizaciones a favor de aquellos demandantes que no acudieron en reparación directa por el secuestro, en suma superior respecto de los que sí lo hicieron, equilibrando por lo alto sus resarcimientos.

Ahora, en cuanto a la solicitud de prejudicialidad negada por el *A quo*, propuesta frente a la controversia existente entre Ayda Núñez de Pérez -madre del Ex Diputado EDINSON PÉREZ- y la señora Luz Elena Grajales, los apelantes manifestaron lo siguiente:

"...la prejudicialidad debe resolverse con fundamento en la existencia de un proceso penal y otro de familia entre las partes, cuya demostración se trajo al proceso y aún no ha culminado, razón por la cual, no puede tener mayor jerarquía probatoria los testimonios de la señora Luz Elena y el reconocimiento de su calidad de compañera permanente en la obtención de la sustitución pensional, frente a la futura decisión que deba adoptarse en los procesos referidos. En tales condiciones, solicito que se mantenga la condena, pero no a favor de ninguna de las dos personas en litis, sino en suspenso, hasta que la justicia determine quién de las dos demandantes en realidad es la que adquiere el derecho a recibirla".

Solicitó además "Que se revoque la suspensión del pago de las condenas proferidas a favor de los familiares del diputado RAMIRO ECHEVERRY, toda vez que una vez (sic) quede en firme esta sentencia, se presentará desistimiento de

la reparación directa, por lo que en su lugar debe procederse a la liquidación de la condena y no mantenerla in genere, como fue determinado por el Juzgado...”.

Por último, pretende “...que se reconozcan los perjuicios materiales en que incurrieron los familiares de Diputado ALBERTO QUINTERO HERRERA, especialmente su hermano JOSÉ DIEGO QUINTERO, teniendo en cuenta que se aportaron las pruebas correspondientes y estas no fueron analizadas por el juzgado...Igualmente que se reconozcan los perjuicios morales y los perjuicios por daño a la vida en relación al señor GERARDO QUINTERO VARGAS como quiera que se aportaron las pruebas correspondientes y estas no fueron debidamente valoradas por el Juzgado...Igualmente (sic) a la señora Consuelo Mesa, no se le reconocieron los perjuicios materiales de daño emergente, consistente en los gastos de funeral de su esposo por la suma de \$8.500.000, aún cuando obra en el expediente la factura correspondiente”.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

El proceso fue asignado por reparto al Magistrado FRANKLIN PÉREZ CAMARGO (fl. 2 del cuaderno de segunda instancia), quien mediante oficio yacente a folios 103 del cuaderno en mención, estimó que dada la complejidad del proceso y la trascendencia nacional del asunto ventilado, se remitiría el proyecto a Sala plena de conformidad con el reglamento interno del Tribunal. Posteriormente, en documento yacente a folio siguiente, el Ponente remitió el proceso al presente sustanciador por ponencia derrotada, atendiendo las consideraciones expuestas en la Sala Plena donde sesionaron los Magistrados de esta Corporación.

En este estado de la controversia y al no ocurrir eventos que afecten o invaliden el trámite hasta aquí surtido, procede la Sala Plena a proferir la decisión que en derecho corresponda, previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

La acción de grupo, consagrada en el artículo 88 de la Carta superior, puede ser presentada por un número de ciudadanos señaladas en la ley, con el objeto de obtener la reparación de los daños que han padecido todas ellos, cuyo origen tiene causa común, y está reglamentada en los artículos 3, 46 a 67 y demás normas concordantes de la Ley 472 de 1998.

Sobre la acción de grupo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha afirmado lo siguiente:

“Se trata de una acción eminentemente reparatoria que propende por la economía procesal y la agilidad en la administración de justicia, en los eventos en que los afectados reúnen condiciones especiales que los identifican como un grupo. Busca que un grupo de personas que ha padecido perjuicios individuales demande conjuntamente la indemnización correspondiente, siempre que reúnan condiciones uniformes respecto de la

causa común que originó dichos perjuicios y que el número de personas, miembros del grupo, no sea inferior a 20¹.

Luego sostuvo que:

*"Ahora bien, sobre lo expresado, se debe tener en cuenta **que la acción de grupo puede ser presentada por un número de personas inferior a 20, e incluso por una sola, la cual representará a las demás que hayan sido afectadas individualmente por el hecho dañoso, y ello sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción o haya otorgado poder (artículo 48 de la Ley 472); sin embargo, quien la formula debe proporcionar el nombre de los individuos que conforman el grupo o expresar los criterios que son necesarios para identificarlos y definir la existencia de aquél, y, además, justificar la procedencia de la acción (artículo 52 de la Ley 472).** Por esta razón, es claro que el demandante tiene la carga de demostrar los requisitos previstos en el artículo 46 de la Ley 472 y, entre ellos, que el grupo está integrado al menos por 20 personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales. En el caso que hoy se decide, entonces, era carga del demandante demostrar que 20 personas tenían la calidad de propietarios de lotes de la Urbanización Rosa Blanca de la ciudad de Ubaté...*

(...)

*"Si no se entendieran las normas mencionadas en los anteriores términos, resultaría inane la intención del legislador de proteger a grupos particularmente relevantes, por su número y por las condiciones de uniformidad exigidas en la ley, de acuerdo con el artículo 88 de la Constitución Política, mediante el otorgamiento a quienes lo conforman de una acción especial, con un trámite expedito. **En efecto, su objetivo se cumplirá siempre que se permita su ejercicio a un grupo que reúna los requisitos exigidos, al margen de que no todos sus miembros estén interesados en formularla o de que algunos soliciten su exclusión, y aun de que no resulten prósperas las pretensiones de todos los demandantes, o las de ninguno de ellos**". (Negrilla de la Sala).*

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 472 de 1998, las acciones de grupo "son aquellas [...] interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas". Sobre su titularidad, según el artículo 48 ibídem, la tienen "las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 47", el cual consagra, como término de caducidad, un máximo de dos años para incoar la acción, contados a partir de la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo.

Con esto, sin mayores ambages puede afirmarse que de los sendos escritos de demanda visibles a folios 265- 268 del cuaderno No. 01 y 360-374 del cuaderno No. 3, y conforme a los hechos aquí relacionados, quienes alegan ser afectados por la causa común que constituyó la muerte de los exdiputados el día 18 de

1 Sentencia del 16/08/2007 M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 66001-23-31-000-2004-00832-01.

junio de 2007, exceden en número el mínimo de veinte afectados que exige la Ley 472 de 1998, por lo tanto se cumplen todos los presupuestos mencionados precedentemente para incoar esta acción indemnizatoria, *máxime* si se tiene en cuenta que las demandas fueron interpuestas dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del hecho dañoso.

LO PROBADO EN EL PROCESO

Recogiendo los hechos relevantes, se tiene que los servidores públicos, después de cinco años de cautiverio encontraron la muerte a manos de sus captores, hecho notorio reportado por los medios de comunicación del país como bien se corrobora en los folios 343 a 346, 347 a 350 y 353 a 355 del Cuaderno No. 03 y verificada su materialidad en los registros civiles de defunción (Folios 59, 89, 153, 210 y 458 del C.1. y 86, 97, 122, 139, 153, 193 del C.3.). Igualmente,

PROBLEMA JURÍDICO

Como asunto previo, debe aclararse que ningún pronunciamiento previo amerita las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva* y *ausencia de nexos causal* esgrimidas por la parte demandada DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, pues se trata de mecanismos de defensa que se confunden con el fondo del asunto que deben ser analizados en conjunto con los demás elementos yacientes en el expediente.

Ahora, frente a la excepción de *pleito pendiente*, propuesta tanto por la entidad territorial como por la POLICÍA NACIONAL, la Sala comulga con lo manifestado por la *a quo*, toda vez que si bien existieron sendas demandas incoadas por los aquí accionantes donde reclamaban indemnización por el hecho del secuestro de los diputados, lo que aquí se discute es la responsabilidad por un hecho distinto, cual es su muerte en manos de sus captores. De manera que, sin mayores cavilaciones, la excepción debe ser desestimada pues se trata de procesos independientes con pretensiones distintas, no siendo compatible bajo este entendido el acaecimiento de la prejudicialidad reclamada.

Aclarado esto y entrando en materia, los demandantes, en términos generales, plantearon que la muerte de los exdiputados de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, si bien fue materialmente causada por el actuar criminal del grupo subversivo FARC – EP, en última instancia fue producto de la negligencia estatal que permitió el secuestro previo de tales funcionarios por parte de la referida organización delictiva, secuestro por el cual las entidades demandadas ya habían sido condenadas en sendos pronunciamientos definitivos proferidos por esta Jurisdicción.

En otras palabras, afirmaron que el hecho del secuestro de los ediles fue determinante para que acaeciera su posterior muerte, de suerte que, se trata de dos daños independientes (secuestro y muerte) ocurridos por la misma causa (negligencia estatal frente al primero de aquellos, esto es, el secuestro), razón

por la cual nada impide que se reparen ambos eventos en su integridad, pues pese a tratarse de dos contingencias autónomas, ambas tienen un origen común.

La *a quo* condenó a la POLICÍA NACIONAL en aplicación de la tesis objetiva de imputación denominada *daño especial*, no obstante que en algunos pasajes de la providencia pareció realizar un juicio de reproche sobre las conductas desplegadas por la demandada, afirmando que fue su pasividad la que dio lugar al secuestro. Tales reflexiones no se compaginan con el título objetivo al que acudió la falladora para imponer su condena. Se transcriben los siguientes apartes del fallo apelado, como ejemplo ilustrativo:

*"En un principio se puede decir que el hecho dañino fue cometido por terceros ajenos a la Administración, pero desde la óptica de la teoría del daño especial, este despacho considera que las circunstancias de la muerte de los servidores públicos es imputable al Estado (...) en razón a **la omisión en el cumplimiento de las obligaciones legales de vigilancia y protección, teniendo en cuenta que se estudia como un conjunto el hecho del secuestro con el hecho de la muerte**, circunstancias que han sido analizadas por H. Consejo de Estado (sic), **concluyendo que los daños sufridos por las víctimas de los hechos violentos cometidos por terceros son imputables al Estado cuando en la producción intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla que origina perjuicios.***

***Partiendo del hecho que la administración ya fue condenada por falla del servicio, y teniendo en cuenta la ley de la causalidad, se tiene que la causa que generó el daño antijurídico a los aquí accionantes fue el secuestro**, pues al estar en cautiverio, se está en un constante peligro, riesgo e indefensión, tanto para la vida como para la integridad física. Lo descrito, sin dejar de lado que el particular –y más el servidor público– no está en la obligación de soportar las consecuencias dañosas derivadas de un conflicto interno con el Estado, por el solo hecho de ser Agente del mismo, todo, como mecanismo de presión política.*

Si el Estado no hubiese omitido sus obligaciones de vigilancia y protección, se habría roto el nexo causal y este suceso no hubiere culminado con la muerte de los diputados, puesto que al dejar que secuestraran a estas personas, también les crearon un riesgo, y de carácter constante, constituyendo la causa determinante y eficiente en la producción de los daños ocasionados a los demandantes; riesgo que nunca se logró demostrar por parte de los entes demandados que pudiera inferir en que el Estado haya adelantado operaciones orientadas a cumplir con los deberes constitucionales y legales que le son inherentes

(...)

*La responsabilidad en este caso **no se impone por el secuestro mismo, sino por la omisión o abstención estatal frente al secuestro, ya que es éste la causa que produjo el daño. Es contrario a la Constitución que entre el momento del secuestro y el de la muerte del secuestrado el Estado no pueda demostrar su acción y esfuerzo por liberarlo y evitar su muerte.*** (Negritas fuera del texto).

Lo transcrito, a juicio de la Sala, evidencia una mixtura improcedente, pues si la condena se da en aplicación de una tesis objetiva –el daño especial- no es dable traer a colación, para efectos de estructurar la imputación, elementos de juicio ajenos al mero rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas; esto es, que se reproche la omisión de los agentes estatales como causa determinante del daño irrogado. En efecto, si se efectúan elucubraciones como éstas para concluir una condena, necesariamente se está acudiendo a un régimen ajeno al que se acudió para sustentar la responsabilidad.

Por su parte, la POLICÍA NACIONAL contraargumentó que el secuestro y muerte de los ediles constituyen dos contingencias distintas; que por la primera ya fueron condenados mientras que la segunda sin duda constituye hecho de un tercero, por el cual jurídicamente no están llamados a responder.

Así las cosas, puede identificarse que en el *sub lite* que se trataron temas distintos, a saber, *i)* la relación causal entre la muerte de los diputados y el hecho de sus respectivos secuestros, tópico que debe determinarse prevalentemente pues constituyó el argumento principal tanto de la demanda, como del fallo condenatorio y la apelación de la POLICÍA NACIONAL, y *ii)* si en virtud del riesgo creado por la omisión de la demandada, ésta tiene el deber de indemnizar aun cuando el daño fue causado materialmente por un tercero. Este último tópico se estudiaría subsidiariamente en la medida que, como más tarde se verá, se trata de un juicio integrado por elementos distintos, advirtiéndose igualmente que aquí se sostiene que la omisión de un deber a cargo de la Administración fue determinante en el acaecimiento del daño.

Con todo lo anterior, los problemas jurídicos a responder en esta sede, para efectos de atribuir responsabilidad al Estado por los hechos aquí debatidos con los siguientes **1.-** ¿constituyó el secuestro de los diputados la causa eficiente de su muerte y por tal razón el Estado, que ya respondió por el plagio, debe responder además por el referido deceso en tanto se trata de una sola línea de eventos?

De responderse negativamente lo anterior, como problema subsidiario habría que absolverse si, aceptando que el hecho de la muerte constituyó una contingencia independiente y separada del secuestro, **2.-** ¿incurrió el estado en una omisión reprochable, activó un riesgo o faltó a su posición de garante, de suerte que influyó inequívocamente en el resultado cuya indemnización aquí se reclama, pese a que el daño fue causado por un tercero?

Es pertinente precisar que en atención al principio hermenéutico *iura novit curia*, el juez contencioso, para efectos de analizar la responsabilidad alegada, puede adecuar los hechos puestos a su consideración en supuestos jurídicos distintos a los alegados por quien reclama, de considerarlo necesario. Se procederá de conformidad.

TESIS DE LA SALA – SUBSUNCIÓN

Sin más cavilaciones, la Sala absolverá negativamente los problemas jurídicos planteados por las razones que se esgrimen a continuación:

Frente al primer interrogante planteado, es menester precisar que, con ciertas excepciones aisladas donde se acudió a la *falla del servicio*², este Tribunal ya se había pronunciado sobre la responsabilidad estatal derivada del secuestro de los Diputados, concluyendo que existía el deber de indemnizar en virtud del título objetivo de imputación denominado *daño especial*³. Entonces, si se pretende extender esos juicios de responsabilidad a la muerte, deberá establecerse que el plagio subsistió como elemento determinante para el deceso, por lo que debe estudiarse si aquél –el plagio- fue la causa eficiente del daño reclamado en esta sede:

Sobre la causa eficiente como elemento neurálgico en la relación acción/omisión – daño, la máxima Corporación Contenciosa ha esgrimido que⁴:

*"(...) es lo que se considera como fundamento u origen de algo; basta la verificación de la relación antecedente-consecuente para que pueda sostenerse que un hecho es productor y otro el producido, uno el engendrante y otro el engendrado. No interesa en la consideración meramente física si el encadenamiento es próximo o remoto, cercano o alejado en el tiempo o en el espacio: basta que ocurra, que exista, que se dé. "Cualquier suceso natural o hecho humano es susceptible de generar repercusiones que se expanden por todo el ámbito social al entrelazarse con otros hechos o acontecimientos que son, a su vez, consecuencia de sucesos anteriores. Esta expansión en el espacio y en el tiempo ocurre en círculos concéntricos, parecidos a los que produce una piedra al caer en el agua tranquila de un estanque; cuanto más alejados están del lugar del impacto, más débiles o imperceptibles se tornan por lo regular tales efectos"*⁵

Con lo transcrito, no es muy claro que el secuestro, en contraste con el desarrollo de los demás eventos que dieron lugar al fallecimiento de los diputados, haya fungido como la condición más eficaz para la ocurrencia del siniestro; pues si bien el plagio constituyó uno de los elementos que medió para que se produjera el resultado reprochado, y a voces de lo sustentado por el alto Tribunal Constitucional⁶ *"...el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad"*⁷; no puede dejarse de lado que el actuar volitivo de las FARC-EP desencadenó los eventos que posteriormente afectarían a las víctimas. Dicho de otra forma, la decisión del grupo armado fue la que selló sus destinos.

² A este respecto ver: Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, sentencia del 10 de marzo de 2010, Rad. No. 2004-01054-01. M.P. Fernando Guzmán García.

³ A este respecto ver, entre otras, de la misma Corporación, la sentencia del 12 de diciembre de 2011, Rad. No. 2004-01027-00, M.P. Fernando A. García Muñoz, la sentencia del 28 de mayo de 2010, Rad. No. 2004-01095-01, M.P. Franklin Pérez Camargo y la sentencia del 2 de septiembre de 2008, Rad. No. 2004-01085-01 M.P. Franklin Pérez Camargo (**esta última con carácter unificador, pues fue firmada por la Sala Plena del Tribunal Contencioso del Valle**).

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá D.C., veinte (20) de abril de dos mil cinco (2005). Rad: 1994-00151-01(14699).

⁵ MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por daños" Tomo VIII, Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, pág. 401. (cita providencia).

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1997.

⁷ De la misma Corporación ver, entre otras, Sentencias T-366 de 1993 y T-123 de 1994.

La causa eficiente es aquella que participa de forma decisiva y preponderante en la producción del daño, la que efectivamente lo produjo, y no la que condicionó las circunstancias para que en mayor o menor proporción se constituyera el escenario en donde se éste presentó, y como bien lo establecen los apartes jurisprudenciales transcritos, sin reparar si el evento estudiado sea, en el aspecto temporal, el más cercano o por el contrario el más distante, lo importante es que efectivamente incida de manera concluyente en la causación del daño irrogado.

Bajo tal entendido, frente a la producción del daño, para la Sala no fue el hecho del plagio el que más influyó -en concurso con los demás- en el deceso de los secuestrados; por el contrario, fue el actuar de sus captores, quienes en un error táctico, al confundir sus mismos elementos con enemigos, previo un cruce de disparos decidieron inmolar a sus retenidos estimando que se trataba de un operativo de liberación por parte de las fuerzas del Estado, circunstancia que constituye un hecho notorio en los términos del artículo 177 del C.P.C., conforme se explicó en líneas anteriores. Bien pudo darse que una vez ocurrido el secuestro, los plagiados hayan sido liberados en virtud de una negociación, rescate o cualquier evento donde no haya ocurrido esa terrible confusión táctica que desembocó en su fallecimiento, la cual, se reitera, fue prevalentemente influyente en el acaecimiento del hecho que aquí se reclama.

Dicho de otra manera, cuando los subversivos sustrajeron y retuvieron a los ediles -hechos por los que, dicho sea de paso, ya fue condenada la POLICÍA NACIONAL- el Estado perdió la posibilidad de actuar, incidir o de dominar el proceso causal que finalizó con la muerte de aquellos, por lo que no puede de entrada achacársele una obligación de indemnizar los decesos por la mera responsabilidad que se declaró en el secuestro. De suerte que, al negar que el secuestro haya sido la causa eficiente de la muerte de los plagiados, se entiende que tal contingencia adquiere un carácter autónomo, debiendo analizarse separadamente si se pretende de ahí obtener efectos resarcitorios.

Queda así aclarado el primer problema propuesto.

Ahora, en lo que respecta la segunda interrogante planteada -determinar si en efecto el Estado incurrió en una omisión reprochable, activó un riesgo o faltó a su posición de garante, en lo atinente a la muerte de los diputados en manos de las FARC-EP-, debe afirmarse que la jurisprudencia del alto Tribunal Administrativo ya se ha pronunciado sobre los juicios de imputación aplicables cuando se pretende endilgar responsabilidad al Estado por la omisión de sus deberes de protección de la población, cuando el daño en estricto sentido ha sido causado por obra de terceros.

Sea lo primero advertir que un juicio favorable de responsabilidad, comporta aparte del acaecimiento de un daño antijurídico, ciertas características relacionadas con el llamado *nexo causal* y, en general, la relación del daño con sus conductas y eventos generadores. En este campo cobran vigencia los

conceptos de *causalidad* (imputación fáctica) e *imputación* (imputación jurídica propiamente dicha) como elementos estructurantes de la obligación de indemnizar⁸:

"Ahora bien, en cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública en la medida que ésta lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, en sentido genérico o lato la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.

*En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, **otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.***

*No obstante lo anterior, la denominada **imputación jurídica** (imputatio iure o subjetiva) **supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización del daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política.***

*Si la ciencia jurídica parte del supuesto de atribuir o endilgar las consecuencias jurídicas de un resultado (sanción), previa la constatación de que una transgresión se enmarca en una específica proposición normativa, es evidente que el nexo causal en sí mismo deviene en insuficiente para solucionar el problema de la atribución de resultados, tal y como desde hace varios años se viene demostrando por el derecho penal, lo que ha conllevado a que se deseche el principio de causalidad a efectos de imputar un hecho, para dar aplicación a una serie de instrumentos e ingredientes normativos (v. gr. el incremento del riesgo permitido, la posición de garante, el principio de confianza, la prohibición de regreso, etc.) dirigidos a establecer cuándo determinado resultado es imputable a un sujeto. **Lo anterior, como quiera que es posible que un determinado suceso tenga origen material en una específica conducta (causa material), pero las consecuencias del mismo sean atribuidas a un tercero (v. gr. la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por el hecho del otro; la posición de garante).***

*En otros términos, **la causalidad** –y sus diferentes teorías naturalísticas– **puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser.** A contrario sensu, **la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de determinado sujeto; parte del hecho de la sanción***

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente No. 1999-04688-01 (17.994) C.P. Enrique Gil Botero.

originada en el incumplimiento normativo de un precepto de conducta, es decir, del deber ser.”

Dicho de otra forma, para efectos de atribución de responsabilidad, el nexo causal está constituido por la *imputación fáctica* del daño a una conducta determinada desplegada por el agente, entendiéndose ésta como una relación eminentemente empírica y natural entre aquella y el hecho lesivo. Por su parte, en la *imputación jurídica*, a partir del juicio anterior y acudiendo a ingredientes jurídicos adicionales, se atribuye la obligación de reparar a cargo de determinado sujeto, una vez se materializa el daño antijurídico a indemnizar. Afirma la máxima Corporación que en este último escenario es donde se llaman y estudian los diferentes títulos de responsabilidad derivados del artículo 90 de la Carta.

Ahora, en relación con la figura de la *comisión por omisión* en materia de responsabilidad estatal, la providencia transcrita trajo a colación posiciones doctrinales sumamente pertinentes, donde se comienza a edificar la aplicación de los referidos ingredientes normativos adicionales, para efectos de optimizar y direccionar eficazmente la determinación de la imputación fáctica:

“Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición garante de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitatoria del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de la valoración normativas, para imputar el resultado”⁹

Ahora, frente la responsabilidad por omisión y la posición de garante, continúa discurrendo la jurisprudencia transcrita lo siguiente:

“En consecuencia, la imputación fáctica puede derivarse de la constatación en el plano material de la falta de intervención oportuna que hubiera podido evitar el resultado; en efecto, es en el plano de la omisión donde con mayor claridad se verifica la insuficiencia del dogma causal, motivo por el cual el juez recurre a ingredientes de tipo normativo para determinar cuándo una consecuencia tiene origen en algún tipo de comportamiento y, concretamente, a quién resulta endilgable o reprochable la generación del daño.

De lo contrario, la responsabilidad derivada de la omisión no tendría asidero, como quiera que a partir de la inactividad no se deriva nada, es decir, no se modifica el entorno físico; en ese orden de ideas, el derecho de daños ha evolucionado en la construcción de instrumentos normativos y jurídicos que permiten solucionar las insuficiencias del denominado nexo causal importado de las ciencias naturales, para brindar elementos que permitan establecer cuándo un determinado daño es atribuible a la acción u omisión de un determinado sujeto.

“En ese orden de ideas, el hecho de analizar la un resultado bajo la perspectiva de ingredientes normativos (v.gr. como la posición de

⁹ PUIGPELAT, Oriol Mir “La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria”, Ed. Civitas, Pag. 243 y 244. (Cita providencia)

garante), fijados por la ley y la jurisprudencia es lo que permite, con mayor facilidad, establecer la imputación fáctica (atribución material), esto es, se itera, la asignación de un determinado daño en cabeza de un específico sujeto.

"En relación con la posibilidad de emplear la posición de garante, como elemento normativo para la construcción de la imputación fáctica del resultado, la jurisprudencia de la Sala ha señalado:

"Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho"¹⁰.

"Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida."^{11,12}

(...)

"Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basilares sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal, disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada¹³. **En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo - jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se basamenta el Estado Colombiano, es decir, como un Estado Social de Derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual**

¹⁰ "La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico." Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando "La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión", Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ Díaz, Claudia "Introducción a la Imputación Objetiva", Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther "Derecho Penal – Parte General", Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus "Derecho Penal – Parte General "Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito", Ed. Civitas." (cita providencia).

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 15567. (cita providencia).

¹² Ver igualmente: sentencias de 15 de octubre de 2008, exp. 18586, de 20 de febrero de 2008, exp. 16996, de 1º de octubre de 2008, exp. 27268. (cita providencia).

De igual manera, el Consejo de Estado ha sostenido que los eventos señalados en el Código Penal, como constitutivos de posición de garante, son igualmente extensivos a la responsabilidad extracontractual del Estado, motivo por el cual son aplicables para definir en qué casos un daño antijurídico es imputable a la organización estatal. Así las cosas, las causales de posición de garante, para efectos de imputar responsabilidad o daños causados, se encuentran contenidas en el artículo 25 del Código Penal (que regula la acción y omisión), y su análisis y aplicación puede ser trasladado a la responsabilidad extracontractual del Estado, con precisas salvedades. Tales circunstancias son las siguientes:

"Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.

4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente." (cita providencia)

¹³ "Ex nigilo nili fit". De la nada, nada. (cita providencia)

manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar¹⁴.

"Y, si los particulares se encuentran vinculados por esos imperativos categóricos –en términos Kantianos–, con mayor razón los órganos y funcionarios estatales se hallan sometidos al cumplimiento y salvaguarda de esos principios y valores constitucionales. En consecuencia, tal y como lo ha sostenido el máximo tribunal constitucional, la fuerza pública se encuentra en posición de garante frente a la protección de los bienes y derechos de los ciudadanos, sin que ello suponga someter al Estado a lo imposible –puesto que existe el principio de falla relativa del servicio–, pero sí obliga a que se analice en cada caso concreto las posibilidades reales con las que contaban los agentes estatales para impedir el resultado¹⁵." (Negritas fuera del texto)¹⁶,
17

En síntesis, si bien puede ocurrir que un hecho dañoso haya sido causado desde un punto de vista ontológico y material por la conducta de un tercero, ello no implica *per se* la configuración de la causa extraña que releve de responsabilidad a la Administración, pues debe tenerse en cuenta que aún en esos eventos puede elaborarse un juicio de imputación que comprometa a esta última, si se llega a establecer que su actuar fue determinante en la ocurrencia del hecho, *'bien porque se contribuyó con una acción en la producción (v.gr. con un aumento del riesgo permitido o un desconocimiento del principio de confianza), o si pudiendo evitarlo se abstuvo de enervar su generación, esto último, siempre y cuando se constate en estos eventos que la entidad demandada se encontraba en posición de garante, es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico estuviera compelida a evitar el resultado.*¹⁸.

En consecuencia, pese a que la imputación fáctica ostenta un componente eminentemente material, empírico y causal, el juicio de responsabilidad no se agota con el análisis de esas aristas; por el contrario, ocurre que ante la vinculación de este elemento con los plurimentados ingredientes normativos "es posible que en sede de su configuración se establezca que un daño en el plano material sea producto de una acción u omisión de un tercero, pero resulte imputable al demandado siempre que se constate la ocurrencia de cualquiera de los siguientes aspectos: **i)** con fundamento en el ordenamiento jurídico se tenía el deber de impedir la materialización del daño (posición de garante); **ii)** con su

¹⁴ "Estas posiciones de garantía están acordes constitucionalmente con el principio de solidaridad, el cual, principalmente viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad personal... Sobre esto ha dicho la Corte Constitucional: "La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones." Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, más no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle." OVIEDO Pinto, María Leonor "La posición de garante", Ed. Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, Pág. 138. (cita providencia)

¹⁵ "En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídica penal, se vinculan un suceso en el mundo y un destinatario de imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a quien pertenece el suceso: es él quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de mérito, como en lo malo, en la imputación a título de reproche." (Se destaca) JAKOBS, Günter "La imputación objetiva en el derecho penal", Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 23.

¹⁶ Ver también, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de julio de 2011. Exp. No. 1998-0984-01 (20838) C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷ Consultar además las sentencias proferidas el 11 de febrero de 2009, expediente No. 17.145 y el 20 de mayo de esa misma anualidad, expediente No. 17.405, entre otras.

¹⁸ *Ibidem* pie de página No. 16.

*actividad se incrementó el riesgo permitido (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado); o **iii**) se estaba dentro del ámbito de protección de una norma de cuidado*¹⁹.

No obstante, no debe olvidarse que el análisis de responsabilidad no comprende la aplicación de las reglas anteriores de manera mecánica e irreflexiva, sino por el contrario, **los exámenes respectivos se deben realizar atendiendo las particularidades de cada caso en concreto** y en todo caso subrayando que el deber de protección de la fuerza pública frente a los ciudadanos no puede exigirse en términos imposibles. Dicho de otra forma, es imperativo *'que se analice en cada caso concreto las posibilidades reales con las que contaban los agentes estatales para impedir el resultado'*²⁰.

Ahora, en el ámbito internacional, sobre la responsabilidad del Estado por hechos de un tercero, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado ciertas teorías y subreglas para imponer en cabeza de la Administración, la obligación de resarcir los daños causados a la población por cuenta de otros actores que no guardan relación con la institucionalidad.

Así, en lo pertinente, se han desarrollado como estructuras de imputación, las denominadas *'ausencia de prevención razonable'* y *'la posición de garante del Estado, en virtud de competencias institucionales'*. Sobre la primera de ellas, en un juicioso estudio realizado por la doctrina²¹ se explicó que:

*"A.- primera estructura de imputación:
la ausencia de prevención razonable*

1. elementos generales

*1.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que no puede atribuirse responsabilidad al Estado por todas las graves violaciones a los derechos humanos que se presentan en su territorio. En consecuencia, **tratándose de hechos de terceros que no han actuado en connivencia con la fuerza pública, y, en los cuáles no hay un hecho imputable a un agente estatal**, la jurisprudencia internacional estructura la responsabilidad sobre la base de que se reúnan dos elementos: **i) que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos, y ii) que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles**. Es decir, que **en esta estructura el fundamento de la responsabilidad no es objetivo y está basado en la ausencia de una prevención razonable a las graves violaciones a los derechos humanos**. Por ende, si se presenta la violación a pesar de que el Estado ha adoptado medidas adecuadas, orientadas a impedir la vulneración, el hecho no le es imputable al Estado."* (Negritas fuera del texto).

En este evento se especificó que habrá un juicio de imputación contra el Estado, cuando el actuar dañoso de los terceros ocurre por el incumplimiento de sus

¹⁹ *Cf.* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp. 18.274, Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio y otros.

²⁰ *Ob. Cit.* num. 8.

²¹ 'La responsabilidad internacional del Estado por el hecho de terceros' Ensayo del doctor Eduardo Montealegre Lynett'

deberes de vigilancia, concretándose un riesgo inminente y cognoscible. En este ítem se maneja una teoría subjetiva, pues el juicio de reproche recae en la falta de previsión de los agentes estatales para prevenir las actuaciones de los agentes que amenazan a la comunidad, actuaciones cuyo riesgo era previsible.

No obstante, la jurisprudencia internacional desarrolló una serie de reglas para establecer si hubo o no diligencia para prever un resultado dañoso:

"2.- el estándar de la diligencia debida

*1. La distinción entre la responsabilidad estatal por la conducta de un actor noestatal, y, la responsabilidad estatal por omisiones relativas a la conducta de actores estatales, tiene especial significado en el contexto del derecho de los derechos humanos. Cuando la conducta violatoria de los derechos humanos es atribuible a actores estatales, el Estado quebranta una obligación de resultado y la responsabilidad surge inmediatamente. **Ahora bien: si tal conducta es atribuible a actores noestatales, la pregunta acerca de si el derecho de los derechos humanos ha sido violado, será determinada básicamente por tres elementos: i) los instrumentos de prevención utilizados; ii) la calidad de la respuesta y iii) la reacción del Estado ante tal conducta. Estos aspectos, se determinan usualmente a través del estándar de la diligencia debida.***

(...)

...En este contexto, la razón principal para considerar a un Estado responsable, no es la complicidad o aquiescencia del Estado en la conducta del actor no-estatal, sino la falla en la garantía de protección con la diligencia debida, de los ciudadanos ante tal conducta."

Adicionalmente, la proporcionalidad también se ha erigido como un elemento interpretativo válido e importante para estudiar la capacidad de respuesta de la autoridad en la prevención de lesiones a la comunidad, afirmándose categóricamente que el estado no está obligado a realizar acciones de imposible cumplimiento.

1. Uno de los elementos más relevantes que han utilizado la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos para determinar si el Estado ha actuado razonablemente en la prevención de las vulneraciones, es el principio constitucional de proporcionalidad. (...)

*2. En cuanto a las obligaciones positivas de prevención, una de las dificultades con que se encuentra un Estado al momento de cumplir con sus deberes, es la de establecer prioridades según sus posibilidades y relaciones de precedencia para satisfacer las necesidades de toda la comunidad. **Ello exige un ejercicio basado en el principio constitucional de proporcionalidad y particularmente en la ponderación de los diversos bienes e intereses sociales en juego. Consciente de tal circunstancia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha señalado que frente a obligaciones como la de velar por la seguridad e integridad de los habitantes, "el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos", y en consecuencia no está obligado a realizar acciones de imposible cumplimiento.***

3. Los dilemas a los que puede verse abocado un Estado bajo tal perspectiva son incontables y por eso no se reprocha cualquier elección que haya significado la menor protección de un derecho en aras de la realización de otro. Lo que se cuestiona son las elecciones caprichosas o arbitrarias, carentes de todo fundamento objetivo y razonable. Por ejemplo, la fuerza pública no podría concentrar toda su tropa y la infraestructura militar en un reducido sector del territorio donde el orden público esté amenazado, pues una decisión tal resultaría desproporcionada, no razonable, en la medida en que dejaría de considerar el derecho a la seguridad y la integridad de los demás habitantes del país, quienes quedarían completamente desamparados ante cualquier eventualidad. Su obligación consiste en sopesar –ponderar– los diferentes derechos e intereses involucrados al momento de tomar una decisión y velar por su máxima realización en la medida de lo jurídica y tácticamente posible. En este punto, la Corte Interamericana ha sostenido que un Estado no puede invocar como elemento justificante, que concentró todos sus esfuerzos en la lucha contra la guerrilla. También debe combatir las estructuras paramilitares.”

Finalmente, en cuanto a la posición de garante ostentada por el Estado como elemento de imputación, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sostenido que el hecho de un tercero vinculará obligacionalmente a la Administración cuando existen a su cargo deberes específicos de protección sobre un determinado sector de la población que está bajo su cuidado, lo que se traduce en el deber jurídico de evitar o repeler las conductas o peligros generados por esos agentes extraños. En ese punto se evidencia un punto de convergencia entre la jurisprudencia interna y la internacional.

Así entendida, la causal será objetiva en tanto bastará acreditar, ya no que la conducta u omisión del agente estatal haya mediado en la producción del daño, sino únicamente que el perjudicado –quien padeció las lesiones- pertenezca al grupo que de manera específica y concreta estaba bajo la protección y tutela del agente oficial comprometido:

*“B: segunda estructura de imputación:
la posición de garante del estado en virtud de competencias institucionales*

1. La segunda estructura de imputación está vinculada a los casos en que el hecho le es atribuible a un agente del Estado que tiene dentro del ámbito de su competencia el deber específico de protección a un determinado sector de la población y no evita las graves violaciones a los derechos humanos.

*Esta categoría fue reconocida por la Corte Interamericana en el caso Mapiripán vs. Colombia, en el cual miembros de la fuerza pública no impidieron que grupos paramilitares incursionaran en una población, ocasionando innumerables crímenes de lesa humanidad. De acuerdo con esta estructura no es necesario que exista un acuerdo o connivencia entre el agente Estatal y los terceros que realizan las graves violaciones a los derechos humanos. **El hecho del tercero le es imputable al servidor público cuando éste tiene una posición de garante institucional de la cual surgen específicamente deberes de protección. Es decir, cuando está dentro del ámbito específico de competencia del agente, evitar determinados riesgos contra los derechos fundamentales de personas que se encuentran bajo su cuidado.***

*En estos casos, la existencia de una posición de garante que le impone al agente un deber jurídico de evitar ciertas conductas o peligros provenientes de terceros, tiene una connotación de suma importancia: **el incumplimiento de los deberes de protección implica que el hecho del tercero le es atribuible al servidor público aunque éste no hubiese intervenido directa o indirectamente en la realización de las vulneraciones a los derechos humanos.** Por ende, al ser atribuido al agente público, inmediatamente surge la responsabilidad internacional del Estado por la omisión imputable a uno de sus representantes.*

2. Esta estructura surge de la moderna teoría de la imputación objetiva que se fundamenta en la delimitación de ámbitos de responsabilidad. De acuerdo con ella, la imputación no está soportada exclusivamente sobre criterios basados en leyes de la naturaleza como la causalidad, sino que radica en criterios eminentemente normativos de atribución. La pregunta básica no es precisar quién ocasionó un daño desde la perspectiva causal, sino responder al siguiente interrogante: a qué ámbito de competencia estaba asignado el deber de evitarlo.

*Para saber cómo se delimitan esos ámbitos de competencia la doctrina **acude a la teoría de las posiciones de garante.** Con base en ella se afirma que los deberes de evitación de una conducta o un resultado, se originan en dos grandes fuentes: (i) en la libertad de organización para la creación de riesgos y (ii) en la pertenencia a una institución.*

(i) Cuando el sujeto origina riesgos para los bienes jurídicos en virtud de su libertad de configuración del mundo, surgen para él deberes de seguridad en el tráfico. Es decir, adoptar medidas para mantener el riesgo creado dentro de los límites de lo permitido. Ejemplo: si alguien tiene en su poder un arma peligrosa, debe implementar medidas especiales para evitar que un niño o un inexperto la tome y le cause daños a un tercero; el miembro de la fuerza pública que tiene bajo su mando un grupo de soldados, debe tomar medidas para evitar los posibles excesos durante el ejercicio de la función militar.

(...)

(ii) La otra fuente de la posición de garantía tiene lugar cuando el sujeto pertenece a una institución que lo obliga a prestar ciertos deberes de protección a personas que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad. La característica de esta fuente, es que la posición de garante surge aunque el sujeto no haya creado los riesgos para los bienes jurídicos. Por ejemplo: la fuerza pública tiene dentro de su ámbito de responsabilidad la protección de la vida de los ciudadanos, y, si un miembro de ella que tiene dentro de su ámbito específico la salvaguarda de la población civil no evita la producción de hechos lesivos por parte de terceros, la vulneración de los derechos humanos realizados por un grupo al margen de la ley le son imputables.

(...)"

Descendiendo al caso de ribetes y con la claridad de que el hecho del secuestro no guarda relación causal con el fallecimiento de los exdiputados, puede concluirse que no es dable atribuir responsabilidad a la POLICÍA NACIONAL por las actuaciones del grupo subversivo que irrogaron el perjuicio cuya indemnización reclaman los demandantes. En efecto, si bien quedó eficientemente probada la ocurrencia del hecho dañoso, en tanto se acreditó que

los once diputados fallecieron cuando estaban en cautiverio en manos de las FARC – EP el día 18 de junio de 2007, el mismo no es imputable ni fáctica ni jurídicamente a la demandada.

En verdad, el daño no es imputable fácticamente a la demandada pues si se acude a un estudio eminentemente material y empírico, la muerte de los ediles acaeció como consecuencia directa de los disparos realizados por el grupo alzado en armas en el ámbito del error táctico en que incurrieron cuando cayeron bajo fuego amigo, sin que sea necesario elaborar un mayor análisis para refrendar tal conclusión.

Adicionalmente, el daño tampoco puede imputarse jurídicamente a la POLICÍA NACIONAL, pues si con el hecho del secuestro la institución perdió control sobre el proceso causal que desembocó en la referida muerte, una vez en cautiverio las víctimas, difícilmente podía exigirse de la demandada el cumplimiento de una obligación específica de intervención.

Se llega a la anterior conclusión pues, conforme a la naturaleza y circunstancias de los hechos acaecidos y la particular situación de orden público que sirvió de contexto -que aún afecta al país-, las gestiones que debieron iniciarse para devolver la libertad de los plagiados sea cual sea el método utilizado, se supeditaban a la agenda política del gobierno de turno, principalmente si se tiene en cuenta que el plagio fue realizado por los alzados en armas como un desafío al orden estatal.

De suerte que, al tratarse de un acto político de alta trascendencia que en todo caso correspondía desplegar a las máximas autoridades del Gobierno, la fuerza pública no estaba llamada a participar más que como un mero ente ejecutor, sin que tenga capacidad decisoria, *ergo*, no se puede erigir frente a ellos un juicio de responsabilidad por omisión al no intentar por su cuenta la realización del rescate de los diputados. Se recuerda que al tenor del artículo 219 Superior, *'La fuerza pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima (...)'*.

Así, cualquier actividad que frente a la liberación se pudiese realizar, deberá ceñirse a la cadena de mando y a la autoridad suprema del Presidente de la República. Otra cosa sucediera si, por ejemplo, en el contexto de un operativo de rescate, las víctimas hubieran fallecido.

Con todas estas reflexiones se quiere significar que, una vez condenada por el secuestro, para la POLICÍA NACIONAL desde el ámbito de sus competencias operativas, la liberación de los secuestrados quedaba limitada una decisión de alto gobierno o política, como lo era también una negociación para su liberación. De manera que, si se pretende elaborar un juicio de reproche por las omisiones en que pudo haber incurrido la autoridad competente en tales escenarios, este proceso no es el espacio indicado para tal propósito, pues aquí únicamente se estudia la responsabilidad de la institución policial.

En verdad, frente al hecho del secuestro ciertamente la POLICÍA NACIONAL ya indemnizó el daño irrogado, inclusive bajo un título objetivo de imputación. Una vez en cautiverio los diputados, era a otras autoridades a quienes les correspondía gestionar un posible rescate, ya sea, como atrás se afirmó, mediante negociación o un operativo militar. Bajo tal entendido, como a esta demandada no le era dable asumir *motu proprio* conducta alguna frente a los plagiados, o propender en los términos antes referidos por su liberación, conceptualmente no puede hablarse de omisión de un deber que rescate, pues este deber ciertamente no le asistía.

El mismo argumento de contera impide realizar imputación a la demandada bajo la tesis de la *posición de garante*, pues al tener ésta como presupuesto una obligación de intervención a la postre incumplida, no puede predicarse tal obligación frente a la institución policial pues, una vez realizado el plagio –sobre el cual se reitera hasta la saciedad que ya hubo condena- escapaba de su ámbito asumir medidas de rescate de manera autónoma.

Los apartes jurisprudenciales y doctrinales profusamente transcritos indican que para endilgar responsabilidad al Estado por su posición de garante, es menester identificar una *específica obligación de protección* frente a ese caso concreto, *'de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho'*, obligación que en el *sub lite* no se evidencia.

Así las cosas, se responde negativamente el segundo problema jurídico planteado, por lo que debe revocarse la sentencia en el sentido de negar cualquier pretensión indemnizatoria, en tanto a la POLICÍA NACIONAL no se le puede endilgar el execrable hecho cometido por las FARC – EP, aquí denunciado.

Por tal razón, al no existir condena, carece de sustancia referirse a los motivos de la apelación esgrimidos por los demandantes, que estaban encaminados a cuestionar la liquidación de la indemnización ordenada por la *A quo*, indemnización que aquí se revoca.

Se decidirá en tal sentido.

III.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLÁRESE NO PROBADA la excepción de prejudicialidad interpuesta por la POLICÍA NACIONAL y el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

SEGUNDO.- REVÓQUESE la sentencia del 11 de mayo de 2012, su complementaria del 7 de junio siguiente y el auto interlocutorio de la misma fecha, proferidos por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cali. En su lugar, **NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- Ejecutoriado el presente proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Providencia discutida y aprobada en plenaria de la fecha.

Los Magistrados,

FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ
Presidente

OSCAR A. VALERO NISIMBLAT
Vicepresidente

ADRIANA BERNAL VÉLEZ

CAROLINA GUIFFO GAMBA

ÁLVARO PÍO GUERRERO VINUEZA

FERNANDO GUZMÁN GARCÍA

BERTHA LUCÍA LUNA BENÍTEZ

FRANKLIN PÉREZ CAMARGO

RAMIRO RAMÍREZ ONOFRE

LUZ ELENA SIERRA VALENCIA