LEGISmóvil 001

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

Radicación:	05001-23-31-000-1997-01432-01 (26011)
Actor:	Ilveria Amparo Montes Aristizábal y otros
Demandado:	Municipio de Medellín
Proceso:	Acción de reparación directa

Salvamento de voto de los Consejeros Danilo Rojas Betancourth y Stella Conto Díaz del Castillo a la sentencia del 6 de junio de 2013

Con el respeto habitual por las decisiones que adopta la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, manifestamos nuestro desacuerdo con las decisiones mayoritarias i) de establecer valoraciones unificadas sobre los hechos ocurridos el 10 de junio de 1995, cuando en el Parque San Antonio, de Medellín, explotó una bomba que afectó a varias personas que demandan individualmente en procesos no acumulados y ii) de negar las pretensiones, desconociendo la falla del servicio imputable a la demandada, acreditada en este proceso.

Discrepamos de la decisión mayoritaria por razones que tienen que ver con i) la falta de competencia de la Sala Plena de la Sección Tercera para establecer criterios para la valoración unificada de los hechos que afectaron a un número plural de demandantes, al margen de los elementos probatorios allegados en procesos no acumulados y ii) el desconocimiento del deber constitucional de fallar con sujeción a la ley.

23/06/2013 4:30 p.m.

LEGISmóvil 002

1. A través de la función unificadora de la jurisprudencia no le resulta posible a la Sala Plena de la Sección Tercera establecer la valoración que las Subsecciones deben hacer de los hechos concretos cuya reparación directa se discute en distintos procesos no acumulados, ni desconocer la intangibilidad de las sentencias que hicieron tránsito a cosa juzgada

El caso por el que se procede ocupó la atención de la Sala Plena por el hecho de no compartir, inicialmente la Subsección C y luego la mayoría de la Sección, la sentencia proferida por la Subsección B el 9 de junio de 2010[1] para declarar, con fundamento en la falla del servicio acreditada, la responsabilidad de la entidad demandada y condenarla a indemnizar a los actores en esa oportunidad los perjuicios ocasionados por los mismos hechos, esto es la explosión violenta del artefacto de que aquí se trata, en razón a que con la sentencia del 30 de enero del año en curso[2], la Sala C negó las pretensiones con las que otros afectados por la misma causa procuraban la reparación, por considerar que no se acreditó el daño especial.

A nuestro juicio, *"[l]a necesidad de unificar el criterio jurisprudencial en relación materia de juzgamiento (sic), como quiera que se han proferido fallos contradictorios en dos subsecciones sobre el particular"* invocada en la decisión de la cual nos apartamos, no resulta válida para que la Sala de Sección asuma el conocimiento del caso que en esta oportunidad estaba asignado a la Subsección C, pues esa razón nada dice de la unificación o el cambio de criterios o líneas jurisprudenciales contradictorias en torno a la interpretación del ordenamiento.

De hecho en la decisión de la que nos apartamos se reiteró la jurisprudencia que admite pacíficamente la responsabilidad del Estado por los hechos de terceros con fundamento en la falla del servicio, el daño

[1] Con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio; expediente 22.218.
[2] Consejero ponente: Enrique Gil Botero, expediente 24.802.

LEGISmóvil 003

350

especial y el riesgo excepcional, aunado a que en el caso concreto la responsabilidad fue estudiada a la luz de esos títulos imputación.

Pero es que, además, desde la sentencia del 19 de abril de 2012, esta Sección unificó la jurisprudencia en el sentido de que el título de imputación de la responsabilidad a la administración de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política debe estar en consonancia con la realidad probatoria en cada caso concreto[3], de donde no resulta posible la generalización de un único título atendiendo en abstracto a las causas del daño.

Luego, no es en la necesidad de unificar los criterios jurisprudenciales sobre el factor de imputación aplicable a la responsabilidad por los daños causados por actos terroristas, donde se encuentra la razón para que el pleno de la Sección haya asumido el conocimiento del caso.

Tampoco se justifica la extraña unificación jurisprudencial a la que acudió la posición mayoritaria en la necesidad de apartarse de la decisión de la Subsección B proferida el 9 de junio de 2010, pues si en el *sub lite* no se acreditó la falla del servicio, como se señala en la decisión de la que disentimos (págs. 25 y ss.), mal se podía acoger la declaración de responsabilidad y la imposición de la condena dispuesta en aquella oportunidad con fundamento en la falla del servicio acreditada en ese otro proceso.

En estas condiciones menos podía la Sección traer la valoración de los hechos en la que Subsección B fundó su decisión, para expresar su disentimiento en este nuevo caso, pues además de que la mayoría entendió que uno y otro caso ameritaban una decisión distinta, no le corresponde a la Sección, porque carece de competencia para ello, juzgar las decisiones de

[3] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente Hernán Andrade, expediente 21515.

las Subsecciones, máxime cuando están revestidas del valor constitucional de la cosa juzgada.

De donde resulta que el criterio jurisprudencial en *"materia de juzgamiento"* que la posición mayoritaria dijo unificar tiene que ver con la valoración que debe hacerse en las decisiones futuras en los procesos donde se discuta la responsabilidad de posibles afectados por los mismos hechos, esto es el atentado terrorista ocurrido el 10 de junio de 1995 en el Parque San Antonio, de Medellín, para que en estos casos se entienda que no hubo falla del servicio imputable a las mismas entidades demandadas en el *sub lite*. Unificación cuya inconstitucionalidad aflora de bulto, pues desconoce que el artículo 230 constitucional sujeta al juez al imperio de la ley, que manda que en cada caso las decisiones se adopten con fundamento en el material probatorio allegado al proceso –arts. 29 Const.; 174, 187 y 305 del C. de P.C-.

Ahora, también resulta claro que el ordenamiento prevé mecanismos para hacer efectivo el principio constitucional que exige que frente a iguales hechos deba darse la misma decisión en derecho, entre los cuales se tienen la acumulación procesal, en cuanto orientada a servirse de la comunidad de la prueba y a evitar decisiones contradictorias; el recurso legal de la extensión de la jurisprudencia y las acciones judiciales que propenden por la protección y eficacia del derecho a la igualdad, sin que a estos fines resulte válida la unificación jurisprudencial para tasar anticipadamente la valoración que deba darse en todos los casos relativos a los mismos los hechos, con prescindencia de la prueba allegada en cada proceso no acumulado.

2. En el *sub lite* se acreditó la falla del servicio imputable a la Policía Nacional. En el juicio de responsabilidad no le es posible al juez ignorar los deberes legales a cargo de la administración

La posición mayoritaria haciendo caso omiso de la jurisprudencia, el ordenamiento y los elementos probatorios concluyó que en el caso concreto

LEGISmóvil 005

no hay falla del servicio, por cuanto i) la administración cumplió de manera razonable la obligación de protección y seguridad, en tanto designó 20 auxiliares bachilleres y un sargento, lo cual es una *"cantidad razonable y proporcionada para efectuar las requisas y vigilar un evento público de carácter cultural y recreativo, que se realizaba en un espacio abierto"*, lo que le permitió detener y capturar a un sospecho con dinamita; ii) el tamaño y la ubicación del artefacto explosivo no puede ser el único criterio para deducir que la policía no prestó el servicio adecuado, además de que es infundada la suposición de que los 10 kilos de dinamita fueron llevados al sitio de la explosión por una sola persona y que, por tanto, el paquete podía ser visto fácilmente; iii) es un contrasentido presumir que en el parque San Antonio se había limitado el ingreso de los asistentes *"como si se estuviera en un escenario o recinto cerrado con entradas debidamente delimitadas"* y iv) no es posible exigir a la demandada con carácter absoluto la obligación de prevenir cualquier daño o resultado antijurídico.

Conforme con la reiterada jurisprudencia de la Sección, el estudio de la falla del servicio no debe limitarse al análisis de las actuaciones surtidas por la administración, sino que, principalmente, debe orientarse a establecer si contaba con los recursos que le son exigibles o si desplegó las conductas que le eran requeridas, conforme con el alcance de sus deberes legales. La decisión de la que nos apartamos omite este último análisis; se limita a señalar que la disposición de 21 agentes policiales para la requisa y la vigilancia es suficiente para entender cumplidos los deberes que el ordenamiento exige de la Policía Nacional.

En síntesis, en materia de seguridad la Sección viene reiterando la distinción entre el deber general que le corresponde a la Policía en relación con la ciudadanía y los deberes especiales que le son exigibles cuando se ha solicitado su intervención para atender un evento especial o cuando, por la información que tiene, se requiere una actuación suya concreta. Este criterio lo pasó por alto la posición mayoritaria de la que disentimos, en

LEGISmóvil 006

cuanto se limitó a analizar la responsabilidad de la Policía Nacional a la luz del deber general de seguridad.

En efecto, en relación con los eventos o espectáculos públicos, el Código Nacional de Policía impone a esta última entidad el deber especial de *"asegurar el orden"* (art. 133), con independencia de que se realice en –se destaca- *"teatro, circo, estadio, plaza, salón o* ***en cualquier otro edificio o lugar en que se congrega la gente para presenciarlo u oírlo****"* (art. 134) y siempre que esté dirigido al público en general (art. 135); para tales efectos, esta normatividad exige que la Policía controle el ingreso (arts. 140 y 146) así como el comportamiento de los asistentes (art. 137) y la faculta para impedir la celebración si el lugar es inapropiado o no ofrece las condiciones adecuadas para asegurar el orden (arts. 144 y 145). Para el efecto, el interesado debe dar aviso o solicitar a las autoridades de policía el permiso para la realización del evento.

De acuerdo con esta normatividad, no es posible entender que a la Policía solamente le es exigible el deber de asegurar el orden de los eventos o espectáculos que se celebran en *"...escenario o recinto cerrado con entradas debidamente delimitadas"*, ni que ese deber se limita a la *"requisa y vigilancia"*, como lo asumió la posición mayoritaria.

En el plenario está demostrado que el evento durante el que explotó violentamente el artefacto se trataba de un espectáculo público, en tanto i) incluía representaciones artísticas o manifestaciones culturales de la ciudad de Cartagena, ii) a celebrarse en una edificación pública -el Parque de San Antonio construido en la ciudad Medellín- y iii) destinado a ser presenciado por personas indeterminadas; al punto que para su realización se obtuvo el permiso previsto en el Código Nacional de Policía y se solicitó la intervención de la Policía, la cual, no puede entenderse para un efecto distinto que el de *"asegurar el orden en el espectáculo"*, con los alcances previstos en las normas antes citadas.

LEGISmóvil 007

352

El deber especial de *"asegurar el orden en el espectáculo"* de que trata el artículo 133 del Código Nacional de Policía, conforme con los artículos 134, 135, 137, 140, 144, 145 y 146 *ibídem*, comprende tanto las medidas relativas al control i) del espacio físico, como la inspección o revisión previa y permanente del lugar con el fin de determinar que cumple las condiciones adecuadas de seguridad y, sobre todo, para poder asegurar el orden; ii) del ingreso, lo cual supone la limitación del espacio físico para poder ordenar y controlar la admisión y la requisa de cada uno de los asistentes y iii) de sus conductas o comportamientos.

Así las cosas, la delimitación del espacio físico para controlar el ingreso al espectáculo resulta una medida elemental, básica, exigible a la Policía para asegurar el orden del espectáculo, conforme con el Código Nacional de Policía, a cuyo incumplimiento la posición mayoritaria le restó importancia, al punto de resultarle irrelevante.

Pero es que, además, en el caso concreto está acreditado que la Policía entendió que, conforme con el alcance del deber específico a su cargo, debía delimitar el área para controlar el ingreso de las personas, pues así lo dice expresamente el informe del Alcalde de Medellín en el que hizo constar que –se destaca- *"para el citado evento el Teniente Coronel Germán Peña Garzón, Comandante Operativo de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá,* ***certificó la prestación del servicio para garantizar la seguridad de los asistentes tanto antes como durante y después del evento****, según consta en el oficio del 14 de mayo de 1995"* (fl. 153) y el Comandante de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, así lo señaló –se destaca-: *"[e]xistieron medidas preventivas orientadas* ***a requisas, registros, control a las personas que ingresaban al espectáculo****; así fue como en la fecha; siendo las 21 horas, se retuvo a un individuo menor de edad a quien se le incautaron 4 frascos con pólvora y metralla siendo trasladado a la Estación Candelaria..."* (fl. 164).

LEGISmóvil 008

No se entiende cómo la posición mayoritaria parte del supuesto de que no había forma de controlar el ingreso al sitio por ser espacio abierto al público, cuando la misma policía afirma que debía controlar el ingreso y que tomó las medidas preventivas para el efecto, lo cual, en cualquier circunstancia, no resulta posible si el área no está delimitada. En la decisión de la que nos apartamos se omitió analizar estas pruebas y, contra la certeza que ellas ofrecen, se concluyó sin fundamento que la delimitación del espacio público no era posible o necesaria.

En síntesis, a la luz del deber legal específico que le era exigible resulta claro que para garantizar la seguridad a los asistentes al espectáculo, la Policía debía delimitar el área para controlar el ingreso y efectivamente así lo entendió y tomó medidas para hacerlo; no se entiende entonces cómo a partir de esas medidas pudo encontrar los 4 frascos con pólvora y metralla pero no pudo encontrar los 10 kilos que detonaron dentro del espacio delimitado.

En ese orden, el tamaño y la ubicación del artefacto, a diferencia de la posición mayoritaria que pasó por alto estos elementos, resultan determinantes a la hora de valorar si la Policía Nacional cumplió el deber específico de seguridad que le era exigible en el caso concreto, lo cual no puede valorarse atendiendo exclusivamente al deber general de seguridad, como lo entendió la mayoría.

Siendo deber de la entidad demandada el controlar el ingreso, para lo cual era indispensable delimitar el área como así lo entendió, sea que no lo haya hecho o lo haya hecho defectuosamente ello prueba la falla del servicio. Asimismo, el hecho de haber encontrado los 4 frascos de explosivos con metralla lejos de desvirtuar la falla del servicio la acredita, en tanto demuestra que de haber aplicado unas estrictas medidas de seguridad antes y durante el evento para controlar el ingreso al sitio, como lo exigía el deber legal específico, si fue posible encontrar los 4 frascos, no se entiende cómo podían pasar inadvertidos los 10 kilos que explotaron.

LEGISmóvil 009

En esas condiciones, el material probatorio ofrece certeza en cuanto a la falla del servicio en que incurrió la Policía Nacional en el cumplimiento de sus deberes, razón que amerita declararla responsable y condenarla a indemnizar los perjuicios a los actores en este proceso, como el exigen los artículos 2º y 90 constitucionales.

Fecha *ut supra*,

DANILO ROJAS BETANCOURTH

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

LEGISmóvil 011

359

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SALA PLENA

Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero

ACLARACION DE VOTO

Radicación número:	**05001-23-31-000-1997-01432-01 (26.011)**
Actor:	**Ilveriã Amparo Montes Aristizábal y otros**
Demandado:	**Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y Municipio de Medellín**
Asunto:	**Acción de reparación directa**

Aunque compartí la decisión de fondo que profirió la Sala Plena de la Sección Tercera de la Corporación dentro del expediente citado en la referencia, estimo pertinente señalar que, a mi juicio, la definición del caso encontraba sólido fundamento en el hecho de un tercero, aspecto suficiente para denegar las súplicas de la demanda; sin embargo, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través del fallo al cual corresponde la presente aclaración de voto, consideró lo siguiente:

> *"Ahora bien, respecto a la finalidad del atentado, se observa que éste se perpetró en un parque público y no fueron atacadas instalaciones públicas, como la estación de policía o la alcaldía del municipio, de allí que, se trató de un acto terrorista indiscriminado, cuyo fin fue crear pánico en la población y alterar el orden público.*
>
> *En efecto, la imputación con fundamento en el título de daño especial o riesgo excepcional no es aplicable al asunto sub examine, toda vez que el atentado no estaba dirigido contra una institución o persona representativa del Estado, lo que generaría una carga que los demandantes no estaban obligados a soportar, por el contrario, fue un acto terrorista indiscriminado que alteró la tranquilidad y el orden público.*
>
> *Considera la Sala Plena de la Sección Tercera, que con el material probatorio que obra en el presente caso, no es posible deducir que la Policía Nacional prestó inadecuadamente el servicio de protección y vigilancia en el lugar donde sucedieron los hechos.*
>
> *Es preciso tener en cuenta que ese día se estaba realizando un festival al que tenía acceso ilimitado la ciudadanía, toda vez que la finalidad del mismo era la recreación, esparcimiento y la difusión de la cultura cartagenera en la capital antioqueña.*

LEGISmóvil 013

Además, no se puede desconocer, que el festival contaba con la vigilancia de la Policía Nacional, a través de 20 auxiliares bachilleres y un Sargento al mando, cantidad que la Sala considera razonable y proporcionada para efectuar las requisas y vigilar un evento público de carácter cultural y recreativo, que se realizaba en un espacio abierto.

Igualmente, es necesario resaltar que el lugar donde se realizó el festival era un parque público al que tiene acceso libremente la población, y adicionalmente, no existen pruebas que acrediten que en el parque San Antonio se hubiera limitado el ingreso de los asistentes como si se estuviera en un escenario o recinto cerrado con entradas debidamente delimitadas.

En este punto, cobra especial relevancia el concepto de la relatividad de la falla[1], que se relaciona con la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico, comoquiera que el Estado no se encuentra en capacidad de brindar una protección personalizada a cada individuo que integra el conglomerado social.

En esa perspectiva, para la Sala Plena de la Sección Tercera, en el caso concreto la Policía Nacional cumplió de manera razonable la obligación de protección y seguridad que tenía respecto de la ciudadanía que asistió al evento cultural, toda vez que el análisis serio y detenido de los medios de convicción, permite plenamente dar por acreditado que la entidad demandada desplegó las medidas adecuadas y necesarias para prestar el servicio de vigilancia.

---

[1] El concepto fue esbozado y desarrollado por el profesor Jean Rivero en los siguientes términos: "El juez, para apreciarla [se alude a la falla del servicio], no se refiere a una norma abstracta; para decidir, en cada especie, si hay falta o no, él se pregunta, lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (periodos de paz, o momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc.

"De ello resulta que la noción de falla del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo." RIVERO, Jean, Derecho Administrativo, 1984, traducción de la 9ª edición, Caracas, pág. 304 y 305.

Sobre el particular, la Sección ha precisado de manera reciente: "Ahora, la obligación de seguridad que corresponda prestar al Estado en un evento determinado, conforme a la jurisprudencia que la Sala ha desarrollado desde vieja data, debe determinarse en consideración a su capacidad real de prestar ese servicio, atendidas las circunstancias concretas, bajo el criterio de que "nadie está obligado a lo imposible" (...) Con el fin de precisar aún más el concepto, la Sala, en providencia dictada antes de la expedición de la actual Constitución, señaló que el cumplimiento de las obligaciones del Estado debía examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio, según su misión, las circunstancias y los recursos de que disponía, de tal manera que se presentaría la falla cuando el servicio se prestaba por debajo de ese nivel medio..." sentencia del 6 de marzo de 2008, exp. 14443, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

LEGISmóvil 015

> *En efecto, se probó que los policiales a cargo efectuaron operaciones de requisa y registro a las personas que acudieron al lugar, lo que permitió detener y capturar a un sospechoso que portaba dinamita. Esta circunstancia demuestra que la actuación de la demandada fue acorde con sus deberes, es decir, desde el punto de vista lógico o formal y material, cumplió a cabalidad e íntegramente con las medidas de prevención y protección a las que estaba obligado, de lo contrario, se le estaría endilgando una obligación de imposible cumplimiento al Estado, en los términos de la relatividad de la falla del servicio.*
>
> *En este orden de ideas, se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación[2], porque el daño no es atribuible a una conducta de la administración pública, por tal razón se confirmará la sentencia apelada".*

Pues bien, al considerar la Sala que al asunto *sub examine* no le resultaban aplicables aquellos títulos de imputación –daño especial o riesgo excepcional– objetiva, los cuales esta misma Sección, en forma mayoritaria, ha sostenido que pueden aplicarse en materia de responsabilidad del Estado por actos terroristas, no existía entonces en mi criterio cortapisa alguna para predicar, como en efecto se trató, la existencia del hecho de un tercero causante del daño, razón suficientemente clara y sólida para confirmar el fallo de primera instancia, en cuanto también denegó las pretensiones de la demanda.

Nótese cómo, sin embargo, la Sala llevó a cabo un análisis de falla en el servicio para concluir acerca de la inexistencia de la misma, sin detenerse, en ningún acápite de la sentencia, a estudiar un aspecto que de bulto saltaba a la vista, esto es que el daño por el cual se deprecó la responsabilidad del Estado no le resultaba atribuible a éste porque sencillamente lo cometió un tercero.

---

[2] *En la lógica tradicional, corresponderla a la mal llamada ruptura del nexo causal, por la configuración de una causa extraña, que en sentir de la más calificada doctrina es un absurdo, pues la causalidad o existe o no existe, pero no se rompe. Al respecto, Oriol Mir Puigpelat señala:* ***"... un nexo causal existe o no existe, pero no se puede interrumpir. La expresión "interrupción del nexo causal", tan entendida en la ciencia y la jurisprudencia administrativa de nuestro país, es, pues, incorrecta, y está haciendo referencia, en realidad, a la interrupción (a la exclusión, mejor) de la imputación..."*** *(La responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria, organización, imputación y causalidad. Primera edición, Ed. Civitas Madrid, 2000, Pág. 239.).*

LEGISmóvil 017

En ese sentido, para resolver el asunto sólo bastaba edificar la argumentación de cara a la existencia del hecho de un tercero como eximente de responsabilidad o, por lo menos, acoger tal aspecto como razón adicional para confirmar el fallo apelado, lo cual no ocurrió y, por lo tanto, ello me llevó a exponer la presente aclaración de voto.

MUY RESPETUOSAMENTE,

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Consejero de Estado