

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio. Muerte de un niño en un hogar comunitario por quemaduras en su cuerpo con agua hirviendo / FALLA DEL SERVICIO - Muerte de un niño en un hogar comunitario

El ICBF a través del Hogar Comunitario de Bienestar, (...) tenía el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produjera la afectación a la vida e integridad del menor (...); sin embargo, se abstuvo de ejercer un riguroso cuidado sobre el niño puesto bajo su cuidado y protección, pues como quedó establecido, el menor sufrió quemaduras de II y III grado con agua hirviendo que alteraron sus condiciones de salud y posteriormente le produjeron la muerte, heridas que se ocasionaron mientras se encontraba bajo el cuidado y protección de un hogar comunitario adscrito al ICBF. Por consiguiente, para el asunto sub examine, encuentra la Sala incuestionable el hecho de que el Estado debió implementar todas las medidas de seguridad y protección para evitar que el menor (...) resultara lesionado. Así como también es claro, que dicha actividad debe contar con algunos estándares de calidad que deben ser seguidos por las madres comunitarias en el cuidado de los niños y niñas a su cargo con el fin de evitar ponerlos en riesgo y/o provocar graves accidentes, por conductas imprudentes que bien se hubieran podido evitar y que como en el presente caso han terminado con la muerte del menor. En consecuencia, el deber de protección –incluida la obligación de seguridad y protección– era exigible a la entidad demandada; no obstante lo anterior, le era posible exonerarse mediante la acreditación de una causa extraña (v.gr. el hecho determinante y exclusivo de la víctima); sin embargo, en el asunto concreto no quedó establecida esa precisa circunstancia en tanto del acervo probatorio se desprende que era previsible, predecible o altamente probable que dejar un recipiente con agua hirviendo en una zona frecuentada por los niños en las instalaciones del Hogar Comunitario en cuestión y sin la correspondiente supervisión de un adulto pudiere ocasionar alguna afectación a la vida o integridad física de los menores. Dicha conclusión lleva, además, a deducir, como se indicó precedentemente, la falla en la prestación del servicio en la cual incurrió la entidad demandada por su actuar descuidado o negligente en la producción del hecho dañoso. En casos similares a los analizados en el presente asunto, en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado por los daños causados a personas en incapacidad absoluta -pacientes psiquiátricos-, puestas al cuidado y protección de entidades estatales que deben garantizar su seguridad, vigilancia y custodia (...) si bien el anterior antecedente jurisprudencial resalta las obligaciones de protección, cuidado, vigilancia y custodia que deben cumplir los centros de salud respecto de los pacientes psiquiátricos -incapaces absolutos-, lo cierto es que dichas obligaciones resultan predicables también respecto de los Hogares Comunitarios en los cuales se ponen bajo su cuidado y protección a personas menores de 14 años, las cuales no tienen la capacidad para autodeterminarse y autoprotegerse, amén de que en ambos casos se está en presencia de personas que se encuentran en debilidad y/o vulnerabilidad manifiesta.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1504

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede consultar la sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 17733

DAÑO ANTIJURIDICO - Concepto, configuración. Características como cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que trate de situación jurídica protegida

La responsabilidad civil extracontractual y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos. (...) daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración” (...) como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos” Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

NOTA DE RELATORIA: Frente al concepto de daño antijurídico ver, Corte Constitucional, sentencia C 333 de 1996. Y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, fallos: 9 de febrero de 1995. exp.9550; 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG; entre otras

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daño antijurídico. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, funciones de vigilancia y protección en su posición de garante / POSICION DE GARANTE - Funciones y obligaciones del ICBF frente a menores. Muerte de un niño en un hogar comunitario por quemaduras con agua hirviendo / POSICION DE GARANTE - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Hogares Comunitarios. Deber de los hogares comunitarios de protección y cuidado de los niños y niñas

Se instituyó el Sistema de Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado, encaminado a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes. (...) siempre que se presente la concreción de daños antijurídicos a los menores que se encuentren bajo el cuidado y protección de los Hogares Comunitarios, el Estado a través del ICBF, está obligado a resarcir los perjuicios que se llegaren a causar, siempre que le sean imputables. (...) [en el caso] su madre lo entregó en buenas condiciones de salud para su cuidado y protección al Hogar Comunitario, razón por la cual éste asumió posición de garante respecto de la vida e integridad del menor, (...) es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar estaba compelido a impedir la concreción del resultado dañoso. (...) es claro, que dicha actividad debe contar con algunos estándares de calidad que deben ser seguidos por las madres comunitarias en el cuidado de los niños y niñas a su cargo con el fin de evitar ponerlos en riesgo y/o provocar graves accidentes, por conductas imprudentes que bien se hubieran podido evitar y que como en el presente caso han terminado con la muerte del menor.

FUENTE FORMAL: CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS / LEY 7 DE 1979 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 44 INCISO FINAL

NOTA DE RELATORIA: En cuanto al tema ver la decisión 3 de junio de 2013, exp. 24884. Frente a la posición de garante ver las sentencias: 4 de octubre de 2007, exp. 15567; 12 de junio de 2013 exp. 28390 y 24 de julio de 2013, exp. 23958

PROTECCION A LA NIÑEZ - Normatividad aplicable a la protección de los niños. Convención sobre los derechos de los niños

En materia de derechos de los niños y niñas (...) en torno del principio “de los niños ante todo” con el objeto de promover el respeto del derecho del niño a la supervivencia, la protección, el desarrollo y la participación. (...) “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; (...) “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. (...) Por lo tanto los derechos del niño dentro de la Convención, constituyen un límite a la actividad del Estado, pero también a las actividades de la sociedad y de la familia, los cuales tendrán que trabajar y esforzarse en la protección del núcleo esencial del mismo, es decir, en garantizar “el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del Derecho Penal y del Procesal Penal”.

FUENTE FORMAL: CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989 / DECLARACION Y PROGRAMA DE ACCION DE VIENA DE 1993 / CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS - ARTICULO 3-1 / CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS - ARTICULO 3-2 / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS - ARTICULO 24-1 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 19

NOTA DE RELATORIA: Frente a este tema ver Corte Constitucional, sentencia T 260 de 2012

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento de perjuicios por muerte de niño en hogar comunitario. Ajustes de la condena / PERJUICIOS MORALES - presunción de aflicción por parentesco abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos / PERJUICIOS MORALES - Tasación en salarios mínimos mensuales legales vigentes. Base de fijación según índice de precios al consumidor IPC

Según se acreditó en el presente asunto, el daño que se imputó a la entidad demandada en la sentencia de primera instancia se produjo por la muerte del menor (...) en las circunstancias descritas (...) todo lo cual produjo a los demandantes, sin duda, una afección moral que debe ser indemnizada. [por lo que] resulta necesario precisar que con la simple acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, se presume que los parientes cercanos de una víctima fatal han sufrido un perjuicio de orden moral; en efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos hubiere fallecido o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política y de las máximas de la experiencia, resulta posible inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio por cuya reparación demanda. (...) Agréguese (...) es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando se produce la muerte de un familiar cercano; asimismo, la tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio

debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción y de sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso. Así las cosas, como la sentencia de primera instancia fijó el valor de la indemnización de los perjuicios morales en gramos de oro, la Sala advierte que tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646), que (...) estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salarios mínimos legales mensuales vigentes por una estimación que responda a la reparación integral y equitativa del daño. Con este razonamiento la Sala perseguía adoptar criterios propios para la tasación del perjuicio moral que obedecieran a lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo, fundamentándose así en el artículo 178 ibídem, según el cual las condenas que se resuelvan mediante sentencias de lo contencioso administrativo deberán efectuarse en sumas líquidas y en moneda legal colombiana, en razón a ello se acogió el reconocimiento de la indemnización por perjuicio moral en salarios mínimos vigentes al momento de la sentencia condenatoria, criterio que solo sería aplicable a situaciones expuestas a la decisión de los jueces con posterioridad a la fecha de su adopción. Ahora bien, el mismo artículo 178 contempló que los ajustes de las condenas impuestas por el contencioso sólo podrían determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, por lo cual la Sala, teniendo en cuenta que la condena impuesta por perjuicios morales a favor de los demandantes no fue objeto de recurso, sólo procederá a indexar el valor reconocido por el a quo, tomando como base el precio del gramo oro a la fecha de la sentencia que impuso la condena y aplicando la siguiente fórmula.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 178 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

NOTA DE LA RELATORIA: Respecto de la tasación de perjuicios morales en salarios mínimos mensuales legales vigentes ver la sentencia de 6 de septiembre de 2001, exps. 13232 y 15646

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Aplicación de medidas no pecuniarias. Muerte de niño o menor en hogar comunitario por quemaduras con agua hirviendo

El daño antijurídico considerado como lesión de un derecho, bien o interés legítimo, supone la alteración o afectación de un estado de cosas que impacta de manera negativa la esfera interna y externa de la persona que lo padece y, por consiguiente, no sólo comprende la órbita patrimonial. De igual forma, los derechos fundamentales trascienden la esfera individual y subjetiva, pues se ha reconocido que también contienen un plano axiológico u objetivo que está dirigido o encaminado a impedir que transgresiones a éstos se vuelvan a producir, razón por la cual es preciso disponer medidas adicionales de protección dirigidas a mejorar la prestación del servicio estatal respectivo. (...) En el caso concreto, la Sala advierte que se transgredió tanto la dimensión objetiva como subjetiva del derecho a la vida y a la integridad del niño (...) toda vez que el comportamiento del ICBF fue negligente y descuidado para con el cuidado y protección que estaba en la obligación de brindarle; en efecto, según quedó establecido, el menor sufrió quemaduras de II y III grado que deterioraron su salud hasta ocasionarle la muerte, mientras se encontraba bajo el cuidado de un Hogar Comunitario, lo cual también significó el desconocimiento de la protección constitucional especial y reforzada que cobija a los niños y niñas del país. Por lo tanto, con fundamento en el principio de reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998), la Sala decretará las

siguientes medidas, con miras a restablecer la dimensión objetiva del núcleo de los derechos fundamentales transgredidos.

NOTA DE LA RELATORIA: En cuanto a la reparación integral ver la decisión de 19 de agosto de 2009, exp. 18364.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medida de reparación no pecuniaria. Medida de no repetición, medida de difusión de la sentencia / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Medida de no repetición, medida de difusión de la sentencia. Muerte de niño o menor en hogar comunitario por quemaduras con agua hirviendo

Como medida de no repetición, el Director o Directora General a nivel nacional del ICBF remitirá a todos los Centros Regionales de esa entidad en el 2país, copia íntegra de esta providencia para que sea difundida entre las Asociaciones de Padres de Hogares de Bienestar.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medida de reparación no pecuniaria, orden específica. Revisión de la contratación para incorporar medidas de protección de los niños y niñas / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Orden específica de revisión de la contratación para incorporar medidas de protección de los niños y niñas. Muerte de niño o menor en hogar comunitario por quemaduras con agua hirviendo

El Director o Directora General a nivel nacional del ICBF deberá revisar los contratos existentes e involucrar en los nuevos contratos que se celebren entre dicha entidad y las Asociaciones de Padres de Hogares de Bienestar los estándares interamericanos mínimos para la protección del interés superior de los niños y niñas que participen en sus diferentes programas.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medida de reparación no pecuniaria, orden específica. Publicación de la sentencia en medio electrónico en página web de la entidad condenada / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Publicación de la sentencia en medio electrónico en página web de la entidad condenada, por el término de 6 meses. Muerte de niño o menor en hogar comunitario por quemaduras con agua hirviendo

El ICBF establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada, en el término de 2 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medida de reparación no pecuniaria, orden específica. Informe de cumplimiento de fallo / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Informe de cumplimiento de fallo. Muerte de niño o menor en hogar comunitario por quemaduras con agua hirviendo

La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de la orden anterior, con destino a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo del Meta,

dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

COSTAS - No condena

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

PERSONERIA ADJETIVA - Reconocimiento de Personería adjetiva a entidad demandada

Obran en el expediente los documentos que acreditan el nombramiento del Doctor JAVIER GONZÁLEZ BUITRAGO, como apoderado de la parte demandada en el proceso de la referencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D. C., (26) veintiséis de marzo de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00116-01(28077)

Actor: YANIDIS LUCUMI GUAZA Y OTROS

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 27 de mayo de 2003, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Meta, declara administrativamente responsable a la NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, por los perjuicios morales causados por la muerte de BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, en hechos ocurridos el 25 de agosto de 1999.

I. Antecedentes

1. La demanda.

El 7 de abril de 2000, la señora Yanidis Lucumi Guaza actuando en nombre propio

y en representación de sus hijos menores de edad: Cristian Eduardo Lucumi, Lina Fernanda Pinilla Lucumi y Víctor Javier Pinilla Lucumi y los señores Arbey Pinilla, Pablo Emilio Lucumi y Sabina Guaza, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR I.C.B.F.¹

1.1. Pretensiones.

- Que se declare responsable de la totalidad de perjuicios causados a los demandantes, con motivo del trágico fallecimiento de su hijo, hermano y nieto BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, como consecuencia de las quemaduras de segundo grado que recibió el menor al caer dentro de un recipiente con agua hirviendo, dentro de las instalaciones del Hogar Comunitario del Barrio Playa Rica adscrito a la entidad demandada. Lo anterior, en hechos ocurridos dentro del perímetro urbano del municipio de Villavicencio el día 25 de agosto de 1999.
- Que se condene a la NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR I.C.B.F., a pagar a favor de los demandantes por concepto de daños morales con el correspondiente equivalente en pesos, de la fecha de ejecutoria de la sentencia y/o conciliación si la hubiere así:
 - a. Cuatro mil (4000) gramos de oro fino: dos mil para cada uno de los señores YANIDIS LUCUMI GUAZA y ARBEY PINILLA, en calidad de padres del fallecido.
 - b. Tres mil (3000) gramos de oro fino: mil (1000) para cada uno de los hermanos del fallecido
 - c. Dos mil (2000) gramos de oro fino: mil (1000) para cada uno de los abuelos maternos del fallecido
- Que se dé cumplimiento a la sentencia y/o conciliación en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, e igualmente se paguen intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria, dando aplicación a la Sentencia de la Corte Constitucional C-188 de 24 de marzo de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo².
- Que se condene en costas a la parte demandada.

1.2. Hechos.

- Debido a la precaria situación económica de su hogar, YANIDIS LUCUMI GUAZA, buscaba emplearse diariamente en la realización de oficios domésticos, mientras ARBEY PINILLA, su compañero permanente, se dedicaba a la construcción; dicha situación, sumada a la corta edad de sus hijos, los llevo a acogerse a los beneficios de los Hogares Comunitarios de Bienestar, inscribiendo en el mes de febrero de 1999 a los pequeños en el Hogar Comunitario de Playa Rica ubicado en la Calle 22 sur No. 51-103 de la ciudad de Villavicencio, atendido por la Madre Comunitaria, la señora FLORINDA VELÁSQUEZ³.

- El día 25 de agosto de 1999, YANIDIS LUCUMI GUAZA, llevó como de costumbre a sus hijos al Hogar comunitario, cuando a eso de las 9:30 a.m. llegó a su casa su hijo mayor y le informó que su hermano menor se había quemado, cuando ella llegó al lugar de los hechos encontró a la profesora Florinda, sosteniendo en sus brazos a su hijo menor, quien presentaba quemaduras de segundo y tercer grado, porque el menor inexplicablemente se había caído en un recipiente lleno de agua hirviendo que se había dejado en la sala, lugar de permanencia de los niños.

¹ Folios 4 a 23 C. No. 1

² Folio 5 C. No. 1.

³ Folio 89 C. No. 1.

- El menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, fue llevado por su madre al Hospital donde fue atendido inmediatamente y los medicamentos ordenados por el médico fueron cancelados voluntariamente por la señora FLORINDA VELÁSQUEZ, que se sentía responsable de los hechos ocurridos al no haber sido más cuidadosa en el cumplimiento de sus funciones.
- Por la gravedad del estado de salud del menor Brayan Arbey, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a través de la Coordinadora del Centro Zonal de Prevención de Villavicencio, colaboró en la tramitación del SISBEN con el fin de que recibiera la atención correspondiente de acuerdo con su nivel de afiliación⁴.
- Debido a los insuficientes recursos tecnológicos del Hospital Departamental de Villavicencio y el avanzado grado de descomposición de las heridas del menor, el niño fue remitido al HOSPITAL DE LA MISERICORDIA, de la ciudad de Santafé de Bogotá, donde falleció⁵.

2. Trámite procesal

2.1. La demanda se admitió por auto de 13 de junio de 2000, que se notificó personalmente al señor DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR por conducto del Director Seccional del Instituto de Bienestar Familiar de Villavicencio Señor Alejandro Vargas Cuellar.

El día 15 de agosto de 2000 el Procurador 48 Judicial Administrativo presentó petición de llamamiento de Garantía de FLORINDA VELÁSQUEZ, para que en el evento de que la Nación Colombiana sea condenada, por los hechos u omisiones de la actuación de la administración, esta responda en lo que le corresponda⁶.

2.2. La parte demandada contestó oportunamente la demanda en los siguientes términos:

- *“La Ley 7 de 1979 en su artículo Doce establece: «El Bienestar Familiar es un servicio público a cargo del Estado y se prestará a través del Sistema Nacional de bienestar Familiar que se establece en esta norma por los organismos oficiales y particulares legalmente autorizados. Corresponde al Gobierno proyectar, ejecutar y coordinar la política en materia de Bienestar Familiar».”*
- *“Mediante el servicio público de Bienestar Familiar que se presta por el Proyecto Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar, se está garantizando el cumplimiento de los derechos sociales consagrados en los Artículos 42 y 44 de la Constitución Nacional.”*
- *“El oficio CO:649 de Septiembre 13 de 1999, suscrito por la Coordinadora del Centro Zonal de Prevención de Villavicencio, fue dirigido a la Señora GRACIELA NOA y demás miembros de la Junta Directiva de la Asociación PLAYA RICA; en el contenido del citado oficio se ofrece ayuda moral y económica en lo referente a los gastos ocasionados por el deceso del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, siendo esto un ofrecimiento o ayuda humanitaria del ICBF. a través del Centro Zonal, que en nada lo vincula como responsable de los hechos.”*

⁴ Folio 21 C. No. 1.

⁵ Folio 142 y 135 C. No. 1.

⁶ Folios 26 a 29 C. No. 1.

- *“El Estado, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no es Responsable por acción, ni por omisión del hecho que ocasionó el deceso del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, ya que Bienestar Familiar no es responsable de las madres comunitarias, ya que éstas dependen de una Asociación de Padres de Familia en las que Bienestar Familiar simplemente hace unos aportes con recursos financieros y Asesoría Técnica que en nada vincula a la Entidad ICBF, como tampoco las madres comunitarias tienen la calidad de empleadas o funcionarias del Estado y por lo tanto éstas no son AGENTES DEL ESTADO.*

Con lo anterior se concluye que el Estado ICBF. no tiene ningún nexo en la realización del hecho que causó las quemaduras al citado menor, por lo cual al Estado no se le puede imputar el daño ANTIJURIDICO sufrido por el menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI”

- *“Que la Ley 89 de 1998 y el Decreto 1340 de 1995 ordena que el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar se constituya a través de becas del ICBF., y que ésta actuará como Entidad promotora, orientadora, asesora y evaluadora del Programa.”*

Además presenta como excepción de fondo *“la no existencia jurídica, ni laboral entre el ICBF, el Hogar Comunitario de Bienestar, la señora FLORINDA VELASQUEZ en calidad de madre comunitaria y el menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI”*. En los términos de la cláusula cuarta del Contrato de Aporte No. 050⁷.-

2.3. Llamamiento en Garantía

El 13 de marzo de 2001, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Meta resuelve admitir el Llamamiento en garantía de la ciudadana FLORINDA VELÁSQUEZ y continuar con el trámite que ordena el artículo 56 del C.P.C.

Como quiera que la parte interesada en el Llamamiento en garantía no aportara lo necesario para el cumplimiento de la notificación al llamado en garantía⁸; por auto del 11 de febrero de 2002 se reanuda el trámite procesal.

2.4. El proceso se abrió a pruebas por auto del 22 de marzo 2002 y por solicitud de la parte actora se dispuso señalar el día 10 de abril de 2003 a las 3 p.m. como fecha para llevar a cabo Audiencia de Conciliación⁹. Diligencia a la que no comparecieron las partes, razón por la que se dio por fallida la conciliación y se procedió a continuar con el trámite normal del proceso.

2.5. Mediante providencia del 22 de abril de 2003, se ordenó el traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión; en esa oportunidad la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda¹⁰. La parte demandante presentó extemporáneamente sus alegatos, recibidos en Secretaría el día 14 de mayo de 2003, habiéndose vencido el término el día 12 del mismo mes¹¹.

3. La sentencia apelada.

El Tribunal resuelve:

⁷ Folios 37 a 42 C. No. 1.

⁸ Folio 55 C. No. 1.

⁹ Folio 185 C. No. 1.

¹⁰ Folios 204 y 205 C. No. 1.

¹¹ Folios 206 a 208 C. No. 1.

Primero: DECLARAR NO PROBADA la excepción de fondo planteada por la parte demandada de la no existencia jurídica ni laboral entre el I.C.B.F. y el Hogar Comunitario de Bienestar de la señora FLORINDA VELASQUEZ, en calidad de Madre Comunitaria y el menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI.

Segundo: DECLARAR administrativamente responsable a la NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, por los perjuicios morales causados por la muerte de BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, en hechos ocurridos el 25 de agosto de 1999.

Tercero: CONDENAR a la NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a pagar a YANIDIS LUCUMI GUAZA, en calidad de madre del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, por los perjuicios morales causados con su muerte, la cantidad de mil gramos oro (1000 gr.) y a CRISTIAN EDUARDO LUCUMI GUAZA, LINA FERNANDA PINILLA LUCUMI y VICTOR JAVIER PINILLA LUCUMI, en calidad de hermanos del menor occiso, la cantidad de quinientos gramos oro (500 gr.) por concepto de perjuicios morales.

Cuarto: NIÉGUENSE las demás pretensiones.

4. El recurso de apelación.

La parte demandada solicitó revocar la anterior providencia y, en su lugar, eximir de toda responsabilidad y condena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar¹². La parte demandante a su vez solicitó ADICIÓN DE LA SENTENCIA, de acuerdo con lo reglamentado en el artículo 311 del C.P.C.¹³.

Mediante providencia del 15 de octubre de 2003 el Tribunal Administrativo del Meta resuelve ADICIONAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de 27 de mayo de 2003, en el sentido de CONDENAR a la NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a pagar al señor ARBEY PINILLA, en calidad de padre del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, por los perjuicios morales causados con su muerte, la cantidad de MIL GRAMOS ORO (1000 gr.) y a PABLO LUCUMI y SABINA GUAZA, en calidad de abuelos maternos del menor fallecido, la cantidad de QUINIENTOS GRAMOS ORO (500 gr.), por concepto de perjuicios morales.

El día 27 de enero de 2004, CORRIGE el numeral primero (1º) de la parte resolutive de la sentencia complementaria de 15 de octubre de 2003, en el sentido de CONDENAR a la NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a pagar a PABLO LUCUMI y SABINA GUAZA, en calidad de abuelos maternos del menor fallecido, BRAYAN ARBEY PINILLA GUAZA, la cantidad de QUINIENTOS GRAMOS ORO (500 gr.), para cada uno de ellos (subrayado propio), por concepto de perjuicios morales.

5. Actuación en segunda instancia.

5.1. El recurso se admitió por auto del 20 de agosto de 2004 y, a petición de la parte demandante, se fija el día 7 de octubre de 2004 a las 3 p.m., como fecha

¹² Folios 226 y 227 del C. Ppal.

¹³ Folios 228 a 230 C. Ppal.

para llevar a cabo audiencia de conciliación. El apoderado de la parte demandada presenta escrito el 24 de septiembre en el que manifiesta que no le asiste ánimo conciliatorio¹⁴. Igualmente se corre traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar y rendir concepto si a bien lo tienen.

5.2. La parte demandada reitera los argumentos planteados en la demanda y agrega que la actitud de la señora FLORINDA VELÁSQUEZ, al ser la que generó el hecho dañoso exoneraría de responsabilidad al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, “ya que éste es un fenómeno de un tercero el cual es intransferible e individual pues quien causó el daño es quien lo paga.”

5.3. El 31 de enero de 2005 intervino el Procurador Cuarto delegado ante el Consejo de Estado en los siguientes términos¹⁵:

5.3.1. El caso *sub examine* se trata de un asunto propio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de competencia del Consejo de Estado. No le asiste duda alguna en cuanto a la capacidad de que gozan las partes en el proceso ni que haya operado la caducidad de la acción, pues los hechos ocurrieron el 25 de agosto de 1999 y el libelo introductorio se presentó el 11 de abril de 2000.

5.3.2. El problema de responsabilidad del Estado debe resolverse con base en el artículo 90 de la Constitución Política, según el cual, el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Por lo que para que surja la responsabilidad deberán establecerse los elementos previstos en la disposición, esto es, el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo. Respecto de la falla en el servicio, es clara para la Procuraduría, puesto que el menor se encontraba vinculado al Hogar Comunitario del barrio Playa Rica de la ciudad de Villavicencio, dirigido por la madre comunitaria Florinda Velásquez cuando sufrió severas quemaduras de segundo y tercer grado que degeneraron en la muerte del menor, a consecuencia de haber caído en un recipiente lleno de agua hirviendo, dejado allí por la hermana de la madre comunitaria Franczy Garay Carrillo, lo que pone de presente negligencia, descuido y omisión del I.C.B.F., al dejar en manos de personas no preparadas, la ejecución de tareas atinentes a la prestación del servicio público de bienestar familiar de los niños de edad preescolar. Así como también encuentra probado el daño que es la muerte del menor, que ocasiona para su núcleo familiar más cercano una profunda aflicción, incertidumbre y zozobra, que al no poder ser reparados en sí mismos, al menos deben ser compensados en términos económicos. Finalmente se configura el nexo causal entre la falla en la prestación del servicio de cuidado y vigilancia de niños en edad preescolar, sin el que no se hubiera ocasionado la muerte (daño) y sin estos los correspondientes perjuicios a la parte demandante.

5.3.3. En virtud de la Ley 7ª de 1979 que reorganizó el I.C.B.F., se reguló el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y se previó en su artículo 12, que la protección de la niñez es “un servicio público a cargo del Estado”. En consonancia con el Artículo 44 de la Carta Política se determina que tal función es primordial para garantizar los derechos de los niños y como la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos, protegerlos y garantizarles un desarrollo armónico e integral. Ahora bien, los Hogares Comunitarios de Bienestar son entes privados a los cuales se les confía la prestación del servicio público de protección de la niñez y del bienestar familiar y en este sentido cumplen función pública. El

¹⁴ Folios 253 a 284 C. Ppal.

¹⁵ Folios 299 a 311 C. Ppal.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, está obligado en tanto entidad rectora del Bienestar Familiar a ejercer el control y la supervisión del funcionamiento de los diferentes programas que autoriza, en este caso específico, es el encargado de autorizar a quienes se desempeñan como madres comunitarias, previo el lleno de los requisitos que para tal fin el mismo establece.

5.3.4. Por las pruebas aportadas, así como por no existir duda sobre los elementos constitutivos de responsabilidad del Estado, considera que la Administración debe indemnizar los daños morales ocasionado a la familia del menor fallecido BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI. En tal sentido, eleva petición a la H. Sala del Consejo de Estado para que confirme la sentencia impugnada.

5.4. A solicitud del Ministerio Público por Auto del 17 de febrero de 2006, se fija como fecha para llevar a cabo audiencia de conciliación el día 6 de abril del mismo año a las 3 p.m. El apoderado de la parte demandada manifiesta mediante escrito de 30 de marzo de 2006¹⁶ que no le asiste ánimo conciliatorio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 120 del Código Contencioso Administrativo y 1 del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de 27 de mayo de 2003 proferida en el presente asunto por el Tribunal Administrativo del Meta.

Adicionalmente, como quiera que la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación tuvieron lugar para el año 2003, la norma aplicable, a efectos de determinar la segunda instancia, es el Decreto 597 de 1988, el cual señalaba que para el año 2000, fecha de presentación de la demanda, la cuantía mínima para que un proceso en acción de reparación directa fuere susceptible del recurso de apelación era de \$26.390.000.00, la cual se determina por el valor de las pretensiones sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad al libelo introductorio. En el caso concreto la pretensión mayor fue de 9000 gramos oro por concepto de perjuicios morales, que en la fecha de presentación de la demanda se cotizaba a razón de veinte mil pesos (\$20.000), perjuicios equivalentes a la suma de ciento ochenta millones de pesos (\$180'.000.000), cuantía ésta que supera la exigida para el recurso de apelación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del C. C. A. la Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada respecto de una providencia proferida en proceso de doble instancia¹⁷, que condeno a su representada.

2.2. Los hechos probados.

¹⁶ Folios 318 a 349 C. Ppal.

¹⁷ A la fecha de presentación del recurso -1 de diciembre de 2000- se encontraban vigentes las disposiciones contenidas en el Decreto 597 de 1988, según las cuales, para que un proceso de reparación directa iniciado en el año 1994 tuviera vocación de doble instancia, la pretensión mayor de la demanda debía superar la cuantía exigida para efecto, estimada en \$9'610.000. En este caso la pretensión mayor de la demanda asciende a \$10'633.340 por concepto de perjuicios morales, comoquiera que a la fecha de presentación de la demanda - 27 de julio de 1994-, el valor del gramo oro ascendía a \$10.633,34.

Respecto de los hechos que dieron origen al presente proceso, se tiene que los medios probatorios debidamente allegados y practicados en el proceso y que gozan de eficacia probatoria en el *sub iudice*, son los siguientes:

- 1) Fotocopia auténtica del Registro Civil de nacimiento de la señora YANIDIS LUCUMI GUAZA¹⁸
- 2) Fotocopias auténticas de los Registros Civiles de nacimiento de CRISTIAN EDUARDO LUCUMI GUAZA, VICTOR JAVIER PINILLA LUCUMI y LINA FERNANDA PINILLA LUCUMI¹⁹
- 3) Fotocopia auténtica del Registro Civil de nacimiento del señor PABLO EMILIO LUCUMI DÍAZ²⁰
- 4) Fotocopia auténtica del Registro civil de nacimiento de la señora SABINA GUAZA²¹
- 5) Fotocopia auténtica del Registro Civil de nacimiento de BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI²².
- 6) Fotocopia auténtica del Registro Civil de Defunción del niño BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, dónde consta que falleció en la ciudad de Santafé de Bogotá a las 07:15, del día 31 de agosto de 1999²³.
- 7) Oficio No. 599 de 25 de agosto de 1999, enviado al Doctor FREDY BUSTAMANTE, Coordinador del Sisben Villavicencio y suscrito por la Doctora SILVIA PATRICIA LONDOÑO, Coordinadora del Centro de Prevención, sobre la inscripción del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI al programa de servicios médicos SISBEN, Nivel 1, solicitando colaboración en el caso del menor lesionado²⁴.
- 8) Oficio No. CO 649 de 13 de septiembre 1999, por medio del cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de la Doctora SILVIA PATRICIA LONDOÑO ofrece apoyo moral y económico como consecuencia del fallecimiento del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI²⁵.
- 9) Copia del contrato No. 050 celebrado entre la Regional ICBF Meta y la Asociación de Padres de Familia Hogares Comunitarios de Bienestar Barrios Playa Rica y Montecarlo del Municipio de Villavicencio, suscrito el 4 de enero de 1999, en el que consta que el Hogar Comunitario ubicado en la Calle 22 sur No. 51-103 y atendido por la Madre Comunitaria FLORINDA VELÁSQUEZ funcionaba con los aportes recibidos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar²⁶.
- 10) Informe de la Coordinadora del Centro Zonal de Prevención, SILVIA PATRICIA LONDOÑO, al Director del I.C.B.F., Regional Meta sobre lo ocurrido después del fallecimiento del niño BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI²⁷.
- 11) Copia de la Resolución No. 00541 de 27 de mayo de 1998, donde el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Meta, reconoció la personería jurídica a la Asociación de Usuarios del Programa Hogares de Bienestar de Playa Rica y Montecarlo²⁸
- 12) Fotocopia auténtica de la historia clínica No. 50001.1640 del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, quien ingreso el 25 de agosto de 1999 al

¹⁸ Folio 96 C. No. 1.

¹⁹ Folio 18, 19, 137 C. No. 1.

²⁰ Folio 16 C. No. 1.

²¹ Folio 94 C. No. 1.

²² Folio 20 C. No. 1.

²³ Folio 80 C. No. 1.

²⁴ Folio 21 C. No. 1.

²⁵ Folio 23 C. No. 1.

²⁶ Folios 37 a 43 C. No. 1.

²⁷ Folios 166 a 168 C. No. 1.

²⁸ Folio 162 C. No.1.

Hospital Departamental de Villavicencio²⁹.

13) Fotocopia auténtica de la historia clínica No. 605332 del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, quien ingreso el 30 de agosto de 1999 al Hospital de la Misericordia de Santafé de Bogotá³⁰.

14) Copia del Resumen Clínico del Hospital de la Misericordia de Santafé de Bogotá³¹, en el que se dejó anotado como conclusión:

15)

“Paciente que presenta quemadura con líquido hirviendo más o menos 25% grado II – III que fue manejado durante 4 días en el Hospital de Villavicencio y lo remiten por deterioro. Se evidencia quemadura MII derecho región perineal y abdomen.”

“Paciente en malas condiciones generales. Inicialmente se maneja con antibioticoterapia con Líquidos endovenosos y amikacina. Por deterioro del estado del paciente es trasladado a la UCI el 31-08-99 el paciente entra shock séptico refractario manejado con ventilación mecánica, adrenalina a altas dosis hasta 2 mcg kg/minuto y dobutamina a 20 mcg/kg/minuto. Por Fluorescencia se evidencia speudomona por lo cual se agrega ceftazidime.”

“Entra en franco deterioro fallece a las 19:15 horas del día 31-08-99.”

16) Las declaraciones de BLANCA CECILIA FUENTES, MIGUEL ANTONIO NAVARRO y DIOCELINA CLAVIJO, que dan cuenta de la unión marital de hecho por espacio de 9 años de los padres de la víctima³².

17) El Testimonio de la señora FLORINDA VELÁSQUEZ quien narró lo sucedido el día 25 de agosto de 1999 en el Hogar Comunitario de Playa Rica, Municipio de Villavicencio³³, así:

18)

*“PREGUNTADO Conoció al menor **BRAYAN ARBEY LUCUMÍ** (sic) en caso positivo, en razón de qué CONTESTO Si lo conocí porque estaba en el hogar comunitario de **BIENESTAR FAMILIAR** , que yo ejercía; el niño duró 8 meses en el hogar. PREGUNTADO : Dígame al Despacho todo lo que le conste con relación a los hechos ocurridos el 25 de agosto de 1.999, en un hogar comunitario del ICB.F., (sic) donde resultara lesionado el menor **BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI** (q.e.p.d) CONTESTO Ese día yo recibí los niños y a la media hora empecé a explicarles lo de la clase; ese día tocaba el tema de las cometas, yo lo tenía sentado en las piernas y estábamos reunidos todos los niños y cuando ellos me dijeron que querían hacer las cometas los dejé en círculo y me fui al salón a sacar los materiales; me demoré como unos 15 minutos cortando el papel y organizando el material y como éramos 2 madres comunitarias, la otra estaba en la cocina; cuando regresé a la Sala donde estaban los niños observé que faltaba (sic) 2 niños, uno de quien no recuerdo su nombre ahora y el otro, **BRAYAN**, llamé a éste y la otra madre (sic) comunitaria venía con él ya quemado ; ella me dijo que el niño se había quemado e inmediatamente lo remití al hospital ; inmediatamente informé del hecho al **ICBF** y le di el almuerzo a los otros niños, los mandé para la casa y me fui al Hospital a averiguar y estar pendiente de **BRAYAN** ; tuve que recolectar plata para la droga y atención médica ; **ELIZABETH GARAY** , que estaba reemplazando a **FRANCY GARAY** , que es la madre comunitaria me comentó que ella había hervido un poquito de agua para rendir el jugo y la había dejado en el piso en una pieza contigua a la cocina y de pronto escuchó llorar al niño , cuando se acercó a él lo vio quemado y lo sacó y me grito que el niño se había quemado.*

²⁹ Folios 140 a 158 C. No. 1.

³⁰ Folios 98 a 134 C. No. 1.

³¹ Folio 135 C. No. 1.

³² Folios 82 a 92 C. No. 1.

³³ Folios 89 a 91 C. No. 1.

PREGUNTADO: Diga en qué partes del cuerpo se quemó el menor CONTESTO Se quemó los genitales. PREGUNTADO Qué edad tenía el menor quemado CONTESTO Dos años...

2.3. Problema Jurídico

El principal problema jurídico que plantea esta Sala de Subsección, consiste en determinar si en el caso de autos se reúnen los presupuestos constitucionalmente establecidos para la declaración de la responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad demandada, es decir, primero, la existencia del daño antijurídico, y segundo, si el mismo es fáctica y jurídicamente atribuible – imputable a la entidad demanda.

2.4. El daño antijurídico.

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual³⁴ y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”³⁵, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

Al respecto, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”³⁶.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los

³⁴ “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185.

³⁵ “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

*administrados frente a la propia Administración*³⁷.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “*principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución*”³⁸.

Asimismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “*Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos*”³⁹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁴⁰, anormal⁴¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁴².

Para el caso concreto, la Sala encuentra claramente acreditado el daño antijurídico, consistente en la muerte del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI debidamente probado con la copia auténtica del Registro Civil de Defunción⁴³. Las circunstancias que rodearon el hecho demuestran a su vez la falla del servicio de la entidad demandada, en la medida que el menor asistía desde hacía 8 meses al Hogar Comunitario del Barrio Playa Rica de la ciudad de Villavicencio, dirigido por la señora FLORINDA VELÁSQUEZ⁴⁴, debidamente escogida como madre comunitaria por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para cumplir con el servicio público de Bienestar familiar que se presta en los Hogares Comunitarios para dar cumplimiento a los derechos sociales, consagrados en el artículo 42 y 44 de la Constitución Política⁴⁵.

Los hechos que llevaron al fatal desenlace sin lugar a dudas fueron provocados por el descuido y la negligencia de las madres comunitarias encargadas de tal función pública, al dejar en cercanías de los niños el recipiente de agua hirviendo con el que finalmente se terminó lesionando y sufriendo quemaduras de II y III grado el niño BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI. Heridas que no se hubieran producido si se cumple con los deberes de vigilancia y cuidado necesarios e indispensables a los que estaban obligadas para la prestación del servicio público de bienestar familiar para el que habían sido designadas y que dada la gravedad de las mismas empeoraron y deterioraron tanto la salud del menor hasta causarle

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

³⁹ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

⁴⁰ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁴¹ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁴² Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

⁴³ Folio 80 C. No. 1.

⁴⁴ Folios 89 a 92 C. No. 1.

⁴⁵ Folios 37 a 43 C. No. 1.

la muerte el día 31 de agosto de 1999⁴⁶.

2.5. La imputación de la responsabilidad.

2.5.1. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁴⁷ de la responsabilidad del Estado⁴⁸ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁴⁹ y de su patrimonio⁵⁰, sin distinguir su condición, situación e interés⁵¹. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”⁵². Como bien se sostiene en la doctrina:

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad”⁵³; los daños

⁴⁶ Folios 140 a 158 y 98 a 134 C. No. 1.

⁴⁷ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁴⁸ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁴⁹ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXEY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁵⁰ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁵¹ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

⁵² RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en JurisClasseur Publique, 1954. T.I, V.178.

⁵³ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas,

*cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público*⁵⁴.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁵⁵ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁵⁶ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo⁵⁷.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁵⁸, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene:

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo

2001, p.120.

⁵⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

⁵⁵ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁵⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

⁵⁷ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

⁵⁸ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

*exigen*⁵⁹.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁶⁰, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁶¹. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁶².

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁶³. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁶⁴.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁶⁵. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁶⁰ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁶¹ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁶² “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁶³ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁶⁵ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

permisible o no⁶⁶. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”⁶⁷.

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁶⁸ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁶⁹ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁷⁰.

⁶⁶ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

⁶⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁶⁸ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁶⁹ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁷⁰ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional argumenta:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁷¹ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁷². Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁷³.*

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad⁷⁴, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del

alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁷¹ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁷² Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimpr. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

⁷⁴ “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal., ob., cit., p.15.

*mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja– surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario– (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.*

*Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.*

*2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.*

*Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos^{75,76}.*

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁷⁷.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un

⁷⁵ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁷⁸, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁷⁹.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos⁸⁰, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando dos extremos: el régimen de responsabilidad aplicable en materia de la responsabilidad del Estado derivado de la prestación del servicio de bienestar familiar o de las actividades que se desarrollan en los establecimientos o instituciones del Estado destinadas a cumplir con los mandatos constitucionales del artículo 42 y 44 C.P. y; la realización del juicio de imputación para el caso en concreto.

2.5.2. Régimen Legal y análisis de las funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Antes de abordar el análisis del caso concreto, la Sala encuentra necesario precisar como previo al juicio de imputación fáctica y jurídica de la entidad demandada la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sus competencias y el marco general en el que se encuadra el ejercicio de sus funciones públicas dentro del Ordenamiento jurídico colombiano.

⁷⁸ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁷⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁸⁰ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211.

Así bien, con la Ley 7 de 1979, se instituyó el Sistema de Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado, encaminado a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes. Además, se determinó que una de las entidades principales a cargo del servicio público de Bienestar Familiar sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (establecimiento público), con competencia a nivel nacional.

En relación con la protección de la infancia, la niñez y la adolescencia, la Constitución Política estableció diversos principios, derechos y garantías fundamentales que se traducen en los siguientes postulados: *i)* el principio de protección constitucional reforzada contenido en el inciso tercero del artículo 13 superior; *ii)* el principio de interés superior de los niños y niñas y de prevalencia de los derechos de éstos sobre los derechos de los demás (inciso final artículo 44 C.P.)⁸¹; *iii)* la protección especial a los derechos a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y el amor, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión; *iii)* el deber en cabeza del Estado de protección especial contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y *iv)* la titularidad de protección de los derechos de los niños y niñas del país por parte de la familia, la sociedad y el Estado⁸². De otra parte, esta Corporación ha reconocido de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado –vía acción o pretensión de reparación directa–, por los daños irrogados a menores mientras se encuentren bajo el cuidado y protección del ICBF o algún Hogar Comunitario vinculado a dicho Instituto. Sobre el particular, la Sala ha discurrido de la siguiente forma:

“En concepto de la Sala, la suma de las anteriores disposiciones muestra con claridad que los Hogares Comunitarios dependen administrativa, operacional y financieramente del I.C.B.F. y que son los organismos encargados de desarrollar gran parte de sus objetivos, en particular el Sistema de Bienestar Familiar considerado un servicio público a cargo del Estado, es decir, cumplen una función pública, esto es la protección de la niñez colombiana.

“Dicho Instituto, como entidad rectora de bienestar familiar, controla y supervisa el funcionamiento del programa e imparte autorización a quienes se desempeñan como madres comunitarias, previo el lleno de requisitos

⁸¹ El principio de interés superior de los niños y niñas está incorporado al ordenamiento jurídico a través de la Ley 12 de 1991, aprobatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, de manera concreta en el artículo 3 de esa normativa.

⁸² “El artículo 44 de la Constitución Política prescribe que la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión son derechos fundamentales de los niños, a lo cual agrega que éstos serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. En el mismo contexto, la norma advierte que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, por lo que, en atención a dicho mandato, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Lo anterior -se entiende- es consecuencia directa de lo previsto en el último aparte de la norma, según el cual, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Corte Constitucional, sentencia T-1226 del 23 de febrero de 2006; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

también determinados por el I.C.B.F.

“A la luz de las anteriores normas y analizadas en conjunto las pruebas allegadas al proceso, tanto directas como indiciarias, la Sala deduce con certeza, como lo hizo el a quo, que en el caso sub judice se estructuró una falla del servicio por omisión a cargo de la administración, en este caso el ICBF, dado que el niño MAYCOL ESTEVENS RAMIREZ CADAVID falleció en el Hogar Comunitario dirigido por la madre comunitaria señora AURA INES PELAEZ DE ECHEVERRY, cuando esta se encontraba ausente del Hogar, es decir, que fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes frente al cuidado del niño.”⁸³

“.....
.....

“De las disposiciones citadas y lo declarado por la madre comunitaria se puede advertir que de la forma como lo sostiene la entidad demandada en realidad aquella no tiene relación laboral con ésta pues depende jerárquicamente y organizativamente de la Asociación de Padres exclusivamente.

“Empero, **debe precisarse que la responsabilidad patrimonial del Estado no sólo se estructura sobre las acciones o las omisiones de aquellos que son sus servidores oficiales, sino también por la de aquellos que actúan como sus agentes directos o indirectos que desarrollan una función pública en su nombre y representación.**

“Los hogares comunitarios fueron concebidos institucionalmente como un programa a manera de mecanismo de participación de la misma ciudadanía de escasos recurso como aporte al Estado en la solución de sus problemas apremiantes. Pese a la estructura organizativa interna que se le ha dado a los hogares comunitarios y la forma como ellos funcionan pues tienen personería jurídica independiente, es innegable el nexo representativo que surge con el I.C.B.F., tanto es así que el distintivo utilizado para que el público los pueda identificar es el de Hogar Infantil adscrito al Instituto.

“Asimismo, pueden comentarse otras circunstancias que también permiten su vinculación, como son: **la permanente coordinación y asesoría del Instituto sobre los hogares comunitarios, el aporte también permanente que de su presupuesto hace el Instituto para el sostenimiento de éstos; la capacitación y escogencia del personal que los manejarán, entre otros. Las asociaciones de padres que administran tales hogares aunque tienen personería jurídica propia no son entes completamente autónomos del Instituto. Ellos contribuyen con la entidad pública citada en forma mancomunada en la prestación del servicio público. Dichos hogares no son de ninguna manera una forma de administración delegada, sino un mecanismo de participación ciudadana en la ejecución de una función que le corresponde al Estado. El ente público permite que los particulares coejecuten con él un cometido público que si bien lo pueden hacer en forma independiente no les es permitido desarrollarlo por fuera de parámetros y límites que la misma institución les traza. De ahí que no puede sostenerse que el programa de los hogares comunitarios pueda funcionar**

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 1998, Exp. 11130, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

como rueda suelta de todo el endrenaje (sic) que para tal efecto ha diseñado el Instituto.

“En el asunto sub-examine *la madre comunitaria no obstante carecer de vínculo laboral alguno con la entidad demandada sí presta a su nombre una función pública a favor de la niñez de escasos recursos y desarrolla en su representación los objetivos que por ley se le han asignado a dicho ente. Por ende sus acciones o sus omisiones son responsabilidad del Instituto*”⁸⁴ (negrillas y subrayas fuera de los textos originales).

De conformidad con todo lo anterior, ha de concluirse que siempre que se presente la concreción de daños antijurídicos a los menores que se encuentren bajo el cuidado y protección de los Hogares Comunitarios, el Estado a través del ICBF, está obligado a resarcir los perjuicios que se llegaren a causar, siempre que le sean imputables⁸⁵.

Para el caso *sub examine*, existen suficientes elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que la entidad demandada -ICBF-, está compelida a reparar los daños antijurídicos padecidos por los demandantes. En efecto, para la Sala el daño es causal y jurídicamente atribuible a la entidad demandada, por las siguientes razones:

Tal y como quedó demostrado, para el instante de los hechos, el menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI se encontraba en una situación de incapacidad dada su corta edad -2 años-, lo cual le impedía autodeterminarse y/o protegerse; además, porque su madre lo entregó en buenas condiciones de salud para su cuidado y protección al Hogar Comunitario, razón por la cual éste asumió **posición de garante** respecto de la vida e integridad del menor, inclusive frente a la posibilidad de que se causara daño a sí mismo; es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar estaba compelido a impedir la concreción del resultado dañoso⁸⁶.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de diciembre de 1993, Exp. 8.218, M.P. Julio César Uribe Acosta, posición jurisprudencial reiterada en sentencia del 26 de mayo de 2010, Exp. 18.195, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez y en la sentencia proferida el 23 de junio de 2011, Exp. 20.324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

⁸⁵ Posición reiterada por esta Sala en sentencia del 3 de junio de 2013, Exp. 24.884, M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸⁶ ***“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.

En jurisprudencia del 28 de octubre de 2010 (radicado 32.582), la Corte Suprema de Justicia discurrió de la siguiente manera:

“Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

“Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

Respecto de la posición de garante, esta Sala ha razonado de la siguiente forma:

“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.

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 desconocida⁸⁷.

Así pues, el ICBF a través del Hogar Comunitario de Bienestar, ubicado en la Calle 22 Sur No. 51-103 de Playa Rica, Municipio de Villavicencio, tenía el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produjera la afectación a la vida e integridad del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI; sin embargo, se abstuvo de ejercer un riguroso cuidado sobre el niño puesto bajo su cuidado y protección, pues como quedó establecido, el menor sufrió quemaduras de II y III grado con agua hirviendo que alteraron sus condiciones de salud y posteriormente le produjeron la muerte, heridas que se ocasionaron mientras se encontraba bajo el cuidado y protección de un hogar comunitario adscrito al ICBF.

Por consiguiente, para el asunto *sub examine*, encuentra la Sala incuestionable el hecho de que el Estado debió implementar todas las medidas de seguridad y protección para evitar que el menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI resultara lesionado. Así como también es claro, que dicha actividad debe contar con algunos estándares de calidad que deben ser seguidos por las madres comunitarias en el cuidado de los niños y niñas a su cargo con el fin de evitar

“En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

“En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

“La legislación penal colombiana sigue el criterio restringido, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1º y 95.2 de la Constitución Política, que construyen el principio de solidaridad, el artículo 25 del Código Penal dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la posición de garante, siempre con referencia a la omisión impropia o impura. (...)

“Para decirlo de otra manera, existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente”. (Negrillas y subrayas fuera del texto original). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 32582, M.P.: Javier Zapata Ortiz. En el mismo sentido ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 4 de febrero de 2009, Proceso No 26409, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de abril de 2012, proceso 33920, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 4 de octubre de 2007, Exp. 15.567. M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 12 de junio de 2013 Exp. 28.390 y del 24 de julio de 2013, Exp. 23.958, entre otras.

ponerlos en riesgo y/o provocar graves accidentes, por conductas imprudentes que bien se hubieran podido evitar y que como en el presente caso han terminado con la muerte del menor. En consecuencia, el deber de protección –incluida la obligación de seguridad y protección– era exigible a la entidad demandada; no obstante lo anterior, le era posible exonerarse mediante la acreditación de una causa extraña (v.gr. el hecho determinante y exclusivo de la víctima); sin embargo, en el asunto concreto no quedó establecida esa precisa circunstancia en tanto del acervo probatorio se desprende que era previsible, predecible o altamente probable que dejar un recipiente con agua hirviendo en una zona frecuentada por los niños en las instalaciones del Hogar Comunitario en cuestión y sin la correspondiente supervisión de un adulto pudiere ocasionar alguna afectación a la vida o integridad física de los menores. Dicha conclusión lleva, además, a deducir, como se indicó precedentemente, la falla en la prestación del servicio en la cual incurrió la entidad demandada por su actuar descuidado o negligente en la producción del hecho dañoso.

En casos similares a los analizados en el presente asunto, en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado por los daños causados a personas en incapacidad absoluta -pacientes psiquiátricos-, puestas al cuidado y protección de entidades estatales que deben garantizar su seguridad, vigilancia y custodia, la jurisprudencia de esta Sección⁸⁸ ha discurrido de la siguiente forma:

“En cuanto concierne al alcance de la obligación de seguridad del paciente, encaminada a prevenir la producción de eventos adversos, se tiene que, a diferencia de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene los deberes de vigilancia y protección, sin que sea dable desligar esas actividades del contenido prestacional, toda vez que están coligados de forma inescindible.

*“(…) Como se aprecia, en esta última providencia el tribunal de casación dividió o seccionó la “obligación de seguridad” de la de “vigilancia y cuidado”, para enfatizar que la primera debe ser suministrada de manera general por cualquier establecimiento de salud, mientras que la segunda requiere de convención expresa tratándose de los centros hospitalarios generales, y sólo se entenderá pactada cuando el servicio sea prestado por centros psiquiátricos o geriátricos. **En ese mismo sentido se pronunció esta Corporación en sentencia del 28 de septiembre de 2000⁸⁹, oportunidad en la que se precisó que tratándose de centros de tratamiento psiquiátrico la obligación de cuidado y vigilancia se hacía extensiva a los mismos pacientes, por cuanto pueden irrogar lesiones a otros pacientes o, inclusive, a ellos mismos.***

*“A contrario sensu, en esta oportunidad la Sala propugna por un conocimiento unívoco de la obligación de seguridad, sin que sea viable escindirla en los términos fijados por la Corte Suprema de Justicia, **comoquiera que la misma lleva aparejados deberes propios como los de custodia y vigilancia**, sin que esta precisión se erija como óbice para el cumplimiento de los mandatos del artículo 7º de la Resolución No. 741 de 1997⁹⁰, del Ministerio de la Protección Social que establece el imperativo de*

⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2011, Exp. 21.596, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2000, Exp. 13.22, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

⁹⁰ “Por la cual se imparten instrucciones sobre seguridad personal de usuarios para Instituciones y demás Prestadores de Servicios de Salud.”

las instituciones y empresas prestadoras de servicios de salud de establecer procedimientos y estándares especiales de seguridad para los usuarios de: i) sala de partos; ii) recién nacidos; iii) hospitales psiquiátricos; hogares geriátricos y iv) centros asistenciales para discapacitados, en garantía del principio de igualdad material reforzada a que hace referencia el inciso tercero del artículo 13 y el artículo 50 de la Carta Política⁹¹.

“Así las cosas, debe precisarse que la obligación de seguridad es una sola y, por consiguiente, es comprensiva de diversas actividades como las de: protección, cuidado, vigilancia y custodia, circunstancia por la que todas las instituciones de prestación de servicios de salud deberán contar con la infraestructura necesaria en lo que se refiere a iluminación, señalización, accesos, ventanas, techos, paredes, muros, zonas verdes y demás instalaciones relacionadas con el servicio público de salud. De otra parte, los establecimientos hospitalarios deberán adoptar todas las medidas que minimicen los riesgos de robo de menores y de agresiones a los pacientes por terceros (arts. 3º y 4º Resolución 741 de 1997). De otro lado, el hecho de que el servicio de salud sea suministrado por clínicas psiquiátricas no muta o transforma la obligación de seguridad, puesto que todo centro hospitalario tiene como finalidad principal la protección de la integridad de sus pacientes.

“En otros términos, los elementos y el régimen de responsabilidad aplicable en estas circunstancias no se altera dependiendo de que el centro asistencial sea de atención general o de atención psiquiátrica, sino que la diferencia se concreta en el análisis de una eventual causa extraña, específicamente con el hecho exclusivo de la víctima. Lo anterior toda vez que para un centro hospitalario general no resulta previsible que uno de sus pacientes se cause a sí mismo un daño, mientras que por el contrario, en los centros de atención psiquiátrica o mental la autodeterminación del paciente no podrá servir para efectos de desvirtuar la imputación fáctica en la producción del daño. Por lo tanto, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la obligación no será de resultado y el título de imputación seguirá siendo el de falla del servicio, razón para reforzar la idea de entender la obligación de seguridad como un todo, que requiere un especial análisis frente a la eventual acreditación de la causa extraña, concretamente, con la previsibilidad y resistibilidad en la producción del daño”⁹² (negrillas adicionales).

Así pues, si bien el anterior antecedente jurisprudencial resalta las obligaciones de protección, cuidado, vigilancia y custodia que deben cumplir los centros de salud respecto de los pacientes psiquiátricos -incapaces absolutos-, lo cierto es que dichas obligaciones resultan predicables también respecto de los Hogares Comunitarios en los cuales se ponen bajo su cuidado y protección a personas menores de 14 años⁹³, las cuales no tienen la capacidad para autodeterminarse y autoprotgerse, amén de que en ambos casos se está en presencia de personas

⁹¹ “Artículo 13.- (...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

“Artículo 50.- Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.733, M.P. Enrique Gil Botero.

⁹³ Artículo 1504 de Código Civil, a cuyo tenor: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender”.

que se encuentran en debilidad y/o vulnerabilidad manifiesta.

2.5.3. El principio de interés superior del niño⁹⁴ y los estándares interamericanos.

Los Estados a nivel nacional como internacional, han encaminado sus esfuerzos por difundir proteger y dar cumplimiento a las obligaciones que en materia de derechos de los niños y niñas han asumido en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y los compromisos de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, en torno del principio “de los niños ante todo” con el objeto de promover el respeto del derecho del niño a la supervivencia, la protección, el desarrollo y la participación⁹⁵.

Como bien señala Aguilar Cavallo, *“una de las fortalezas experimentadas en el terreno de los derechos de los niños y niñas ha sido la creciente y progresiva afirmación de estos derechos por parte de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, en particular, por el sistema interamericano”*⁹⁶.

A partir de la consagración constitucional⁹⁷ y convencional de los derechos humanos de los niños, en primer lugar encontramos, la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*; y en el artículo 3-2, establece que *“los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que *“todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*, en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: *“se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”*.

También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física,

⁹⁴ El principio de interés superior de los niños y niñas está incorporado al ordenamiento jurídico a través de la Ley 12 de 1991, aprobatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, de manera concreta en el artículo 3 de esa normativa.

⁹⁵ *Declaración y Programa de Acción de Viena* aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, doc. A/CONF.157/23 de 12 de julio de 1993, par. 45

⁹⁶ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos humanos” en *Revista de Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, No. 1, 2008, p. 225.

⁹⁷ Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-979/01, T-514/98, T-408/95 y T-260/12.

mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior de los niños como su principal criterio de orientación. Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que *“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”*, y que *“todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*.

En el ámbito interamericano, la protección de los derechos de los niños ha sido objeto de un completo análisis por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias y en especial de la Opinión Consultiva No. OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 (derechos del niño) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituyen *“límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados”* en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

Así ha reconocido la Corte Constitucional⁹⁸ frente a los parámetros internacionales que fijan las conductas que deben adoptar los estados frente a la niñez que

“...le corresponde al Estado colombiano atenderlas llevando a cabo acciones en procura del bienestar de este grupo de personas y dando cumplimiento estricto a los compromisos internacionales a los que se ha obligado.

Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.

Por lo tanto los derechos del niño dentro de la Convención, constituyen un límite a la actividad del Estado, pero también a las actividades de la sociedad y de la familia, los cuales tendrán que trabajar y esforzarse en la protección del núcleo esencial del mismo, es decir, en garantizar “el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del Derecho Penal y del Procesal Penal”.⁹⁹

⁹⁸ Sentencia Corte Constitucional T-260/12.

⁹⁹ Como bien lo reconoce FREEDMAN, Diego. “Funciones normativas del interés superior del niño” en *Jura Gentium*, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, 2005, en <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm> [visitada el 12 de marzo de 2014]

Al poder judicial le corresponde por lo tanto, tomar en consideración los criterios propuestos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁰ y en consecuencia resolver los conflictos, como el del caso que nos ocupa, atendiendo los criterios dados por la Convención en los supuestos donde esté involucrado un niño, niña o adolescente.

2.5.4.- Reparación de los daños antijurídicos.

2.5.4.1.- Indemnización de perjuicios morales.

Según se acreditó en el presente asunto, el daño que se imputó a la entidad demandada en la sentencia de primera instancia se produjo por la muerte del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, en las circunstancias descritas en el anterior capítulo de esta providencia, todo lo cual produjo a los demandantes, sin duda, una afección moral que debe ser indemnizada.

Acerca de los daños causados por la muerte de una persona, resulta necesario precisar que con la simple acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, se presume que los parientes cercanos de una víctima fatal han sufrido un perjuicio de orden moral; en efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos hubiere fallecido o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política¹⁰¹ y de las máximas de la experiencia, resulta posible inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio por cuya reparación demanda.

Agréguese a lo anterior que, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando se produce la muerte de un familiar cercano; asimismo, la tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción y de sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso.

Así las cosas, como la sentencia de primera instancia fijó el valor de la indemnización de los perjuicios morales en gramos de oro, la Sala advierte que tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646), que abandonó el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales, y en su lugar, estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salarios mínimos legales mensuales vigentes por una estimación que responda a la reparación

¹⁰⁰ Para un pormenorizado análisis de los diferentes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este tema en particular ver AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos humanos" en *Revista de Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, No. 1, 2008, pp. 223 a 247.

¹⁰¹ "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables".

integral y equitativa del daño.

Con este razonamiento la Sala perseguía adoptar criterios propios para la tasación del perjuicio moral que obedecieran a lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo, fundamentándose así en el artículo 178 *ibídem*, según el cual las condenas que se resuelvan mediante sentencias de lo contencioso administrativo deberán efectuarse en sumas líquidas y en moneda legal colombiana, en razón a ello se acogió el reconocimiento de la indemnización por perjuicio moral en salarios mínimos vigentes al momento de la sentencia condenatoria, criterio que solo sería aplicable a situaciones expuestas a la decisión de los jueces con posterioridad a la fecha de su adopción.

Ahora bien, el mismo artículo 178 contempló que los ajustes de las condenas impuestas por el contencioso sólo podrían determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, por lo cual la Sala, teniendo en cuenta que la condena impuesta por perjuicios morales a favor de los demandantes no fue objeto de recurso, sólo procederá a indexar el valor reconocido por el *a quo*, tomando como base el precio del gramo oro a la fecha de la sentencia que impuso la condena y aplicando la siguiente fórmula:

$\$24.703,52$ (valor gr. oro al momento de la sentencia de 27 de mayo de 2003)*
 $115,26$ (IPC final) / $75,01$ (IPC inicial) = $\$ 37.959,30$

De acuerdo a lo anterior, la indemnización por perjuicios morales actualizada es la siguiente:

NOMBRE	PARENTESCO	PERJUICIO MORAL (reconocido en primera instancia)	PERJUICIO MORAL (reconocido)
YANIDIS LUCUMI GUAZA	Madre	1.000 gramos oro	100 SMLMV
ARBEY PINILLA	Padre	1000 gramos oro	100 SMLMV
CRISTIAN EDUARDO LUCUMI GUAZA	Hermano	500 gramos oro	50 SMLMV
LINA FERNANDA PINILLA LUCUMI	Hermana	500 gramos oro	50 SMLMV
VICTOR JAVIER PINILLA LUCUMI	Hermano	500 gramos oro	50 SMLMV
PABLO EMILIO LUCUMI	Abuelo	500 gramos oro	100 SMLMV
SABINA GUAZA	Abuela	500 gramos oro	100 SMLMV

Finalmente, debe advertirse que obran en copia auténtica los respectivos registros civiles de nacimiento¹⁰² y prueba de la unión marital de hecho de los padres demandantes¹⁰³, los cuales dan cuenta de la relación de parentesco existente

¹⁰² Folios 18,19,20,94,96 y 137 C. No. 1.

¹⁰³ Folios 82 a 92 C. No. 1.

entre el menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI y quienes acudieron al proceso en calidad de sus padres, hermanos y abuelos maternos.

2.5.4.2.- Medidas de reparación integral.

El daño antijurídico considerado como lesión de un derecho, bien o interés legítimo, supone la alteración o afectación de un estado de cosas que impacta de manera negativa la esfera interna y externa de la persona que lo padece y, por consiguiente, no sólo comprende la órbita patrimonial.

De igual forma, los derechos fundamentales trascienden la esfera individual y subjetiva, pues se ha reconocido que también contienen un plano axiológico u objetivo que está dirigido o encaminado a impedir que transgresiones a éstos se vuelvan a producir, razón por la cual es preciso disponer medidas adicionales de protección dirigidas a mejorar la prestación del servicio estatal respectivo.

La jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado¹⁰⁴ ha discurrido sobre el particular, así:

***“En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea restablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la no reformatio in pejus, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado.*”**

“(…) En consecuencia, es posible que el daño antijurídico irrogado por una entidad prestadora del servicio de salud desborde la esfera o dimensión subjetiva, dada su magnitud, anormalidad y excepcionalidad, **circunstancia frente a la cual el juez de la reparación no puede ser indiferente, so pena de entender el derecho de la reparación como una obligación netamente indemnizatoria, cuando lo cierto es que una de las funciones modernas de la responsabilidad es la preventiva.”**

***“En el caso concreto es evidente la falta de diligencia de la entidad demandada, y la forma desentendida y gravemente anormal como se manejó la valoración del embarazo de la paciente, lo que quedó acreditado desde el mismo daño excepcional irrogado que afectó de manera grave la dimensión objetiva del derecho a la salud, más aún si se tiene en cuenta que la lesión directa fue ocasionada sobre tres niñas que alcanzaron a tener un hábito de vida y, en consecuencia, frente a las cuales se predicó la condición de*”**

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 18.364, MP. Enrique Gil Botero.

persona en los términos establecidos en el artículo 90 del Código Civil, y que, por lo tanto, contaban con una protección reforzada y especial en los términos del inciso tercero del artículo 13 de la Carta Política y el artículo 44 de la misma, precepto este último que contiene el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas.

“En ese orden, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de la siguiente medida:

“Como garantía de no repetición, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que remita copia de la misma a cada una de las EPS que funcionan actualmente en Colombia, sin que ello implique, en modo alguno pronunciamiento de responsabilidad en contra de esta última entidad, toda vez que no es parte en el proceso; por ende, se insiste, el único propósito de la medida consiste en la divulgación pedagógica, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir. El valor de las copias será asumido por el ISS”.

En el caso concreto, la Sala advierte que se transgredió tanto la dimensión objetiva como subjetiva del derecho a la vida y a la integridad del niño BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, toda vez que el comportamiento del ICBF fue negligente y descuidado para con el cuidado y protección que estaba en la obligación de brindarle; en efecto, según quedó establecido, el menor sufrió quemaduras de II y III grado que deterioraron su salud hasta ocasionarle la muerte, mientras se encontraba bajo el cuidado de un Hogar Comunitario, lo cual también significó el desconocimiento de la protección constitucional especial y reforzada que cobija a los niños y niñas del país.

Por lo tanto, con fundamento en el principio de reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998¹⁰⁵), la Sala decretará las siguientes medidas, con miras a restablecer la dimensión objetiva del núcleo de los derechos fundamentales transgredidos:

- Como medida de no repetición¹⁰⁶, el Director o Directora General a nivel nacional del ICBF remitirá a todos los Centros Regionales de esa entidad en el 2país, copia

¹⁰⁵ “A través de la cual se expidieron normas sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”, el artículo en mención preceptúa:

“ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales (Se resalta).

¹⁰⁶ Acerca de la Garantía de No Repetición, a la que se alude en la presente providencia, se ha hecho referencia dentro del siguiente contexto: “En cuanto a la obligación de no repetición: El Estado está obligado, “en virtud de los deberes generales de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno (Arts. 1.1 y 2 de la Convención) a adoptar las medidas necesarias para asegurar que violaciones como la que han sido declaradas en la presente sentencia no se producirán de nuevo en su jurisdicción”. Este deber casi siempre aparece expresado en la parte de la sentencia relativa a las reparaciones, porque de cierta manera es una forma de reparación “erga omnes”, ya que se ordena en beneficio de todas las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción del Estado. Este deber de no repetición se desprende directamente de las obligación de garantizar los derechos contenida en el Art. 1.1 de la CADH, por lo tanto no es esencial que la Corte Interamericana lo reafirme en las reparaciones, el Estado debe tomar por iniciativa propia todas aquellas medidas necesarias para que los hechos violatorios no se vuelvan a repetir en su territorio, en virtud de la obligación contenida en el mencionado Art. 1.1 y del principio Pacta Sunt Servanda contenido en el Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados”. Pizarro Sotomayor Andrés y Méndez Powell Fernando, Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos, Primera Ed., Universal Books, Ciudad de Panamá, 2006, pág. 28.

íntegra de esta providencia para que sea difundida entre las Asociaciones de Padres de Hogares de Bienestar.

- Así mismo el Director o Directora General a nivel nacional del ICBF deberá revisar los contratos existentes e involucrar en los nuevos contratos que se celebren entre dicha entidad y las Asociaciones de Padres de Hogares de Bienestar los estándares interamericanos mínimos para la protección del interés superior de los niños y niñas que participen en sus diferentes programas.

- De igual forma, el ICBF establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada, en el término de 2 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de la orden anterior, con destino a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo del Meta, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

2.6.- Condena en costas.

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

2.7.- Reconocimiento de Personería Adjetiva

Obran en el expediente los documentos que acreditan el nombramiento del Doctor JAVIER GONZÁLEZ BUITRAGO, como apoderado de la parte demandada¹⁰⁷ en el proceso de la referencia.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada, esto es la proferida el 27 de mayo de 2003¹⁰⁸, debidamente adicionada por Providencia de 15 de octubre de 2003¹⁰⁹, a su vez corregida por Providencia de 27 de enero de 2004¹¹⁰ del Tribunal Administrativo del Meta. La cual quedará de la siguiente manera:

Primero: DECLARAR NO PROBADA la excepción de fondo planteada por la parte demandada de la no existencia jurídica ni laboral entre el I.C.B.F. y el Hogar Comunitario de Bienestar de la señora FLORINDA VELASQUEZ, en calidad de Madre Comunitaria y el menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI.

Segundo: DECLARAR administrativamente responsable a la NACIÓN –

¹⁰⁷ Folios 387 a 394 C. Ppal.

¹⁰⁸ Folios 215 a 225 C. Ppal.

¹⁰⁹ Folios 233 a 236 C. Ppal.

¹¹⁰ Folios 240 a 242 C. Ppal.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, por los perjuicios morales causados por la muerte de BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, en hechos ocurridos el 25 de agosto de 1999.

Tercero: **CONDENAR** a la NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a pagar por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada una de las siguientes personas: YANIDIS LUCUMI GUAZA, ARBEY PINILLA, en calidad de padres del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI. El equivalente en pesos a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada una de las siguientes personas: CRISTIAN EDUARDO LUCUMI GUAZA, LINA FERNANDA PINILLA LUCUMI y VICTOR JAVIER PINILLA LUCUMI, en calidad de hermanos del menor fallecido. El equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada una de las siguientes personas: PABLO EMILIO LUCUMI y SABINA GUAZA en calidad de abuelos maternos del menor occiso.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: ORDENAR las siguientes medidas de reparación integral:

1. El Director o Directora General a nivel nacional del ICBF remitirá a todos los Centros Regionales de esa entidad en el país, copia íntegra de esta providencia para que sea difundida entre las Asociaciones de Padres de Hogares de Bienestar.
2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada, en el término de 2 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.
3. La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de la orden anterior, con destino a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo del Meta, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

QUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: RECONÓZCASE personería Adjetiva al abogado JAVIER GONZALEZ BUITRAGO, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.396.982 de Bogotá y portador de la tarjeta profesional No. 217.648 del C.S. de la J., como apoderado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con ocasión del poder otorgado, visible a folio 390 del cuaderno principal.

SEXTO: Por Secretaría, **ENVIAR** copias simples de este fallo al Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

SÉPTIMO: Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

OCTAVO: En firme este fallo **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen-Administrativo del Meta- para su cumplimiento y **EXPEDIR** a la parte actora las

copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán al abogado ALFONSO LÓPEZ PATIÑO y/o a la abogada CONSTANZA ACOSTA CASALLAS, en su calidad de apoderados principales de la parte demandante, de conformidad con el poder que obra a folio 1, 2 y 3 del cuaderno No. 1.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado