

DAÑO ANTIJURIDICO - Acreditación

De acuerdo con los distintos medios de convicción que integran el acervo probatorio, resulta posible establecer que el menor José Antonio Carballo Cabrera sufrió de manera permanente –al menos durante los años 1993 y 1994– de desnutrición crónica, estado de salud que nunca fue superado, inclusive mientras estuvo en manos del ICBF en centros especializados o en los hogares sustitutos designados por éste. Está de igual forma probado que el niño José Antonio Carballo Cabrera murió el 29 de noviembre de 1994, por un paro cardiorrespiratorio e insuficiencia respiratoria, daño éste que no hace parte de la litis y, por consiguiente, la Sala se abstendrá de analizar cuál fue su causa y si es o no imputable a la Administración Pública. Por tal motivo, se insiste, el daño que se debate en este litigio se refiere al estado de desnutrición avanzado alegado por los actores en el libelo demandatorio y que se enrostra a la institución demandada. Ahora bien, en el asunto sub examine, el daño alegado, esto es el estado de desnutrición crónico o avanzado del menor José Antonio Carballo Cabrera, es imputable en el plano causal y jurídico a la entidad demandada.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Sistema de Bienestar Familiar / SISTEMA DE BIENESTAR FAMILIAR - Naturaleza jurídica. Regulación normativa / PROTECCION DE LA INFANCIA, LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA - Constitución Política / CODIGO DEL MENOR - Medidas de protección e instrumentos de salvaguardia para retrotraer los efectos de una conducta lesiva de los derechos de los niños y niñas y de los adolescentes

En Colombia 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.); 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 (artículo 44 C.P.); 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 Estado. Corresponde entonces al ICBF, en representación de la organización estatal, velar por la protección y materialización efectiva del catálogo axiológico y programático antes señalado, para cuyo propósito se le han entregado a ese establecimiento público múltiples herramientas contenidas en el Código del Menor –normativa vigente para el momento de los hechos que se juzgan en este proceso– y actualmente en el Código de la Infancia y la Adolescencia encaminadas a la satisfacción plena de las garantías esenciales de los niños y niñas de Colombia. Precisamente por lo anterior, el Código del Menor establecía varias medidas de protección e instrumentos de salvaguardia para

retrotraer los efectos de una conducta lesiva de los derechos de los niños y niñas y de los adolescentes o para hacer cesar la amenaza que pudiere pender respecto de los mismos.

FUENTE FORMAL: LEY 7 DE 1979 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 44 / DECRETO LEY 2737 DE 1989 / CODIGO DEL MENOR - ARTICULO 8 / DECRETO LEY 2737 DE 1989 / CODIGO DEL MENOR - ARTICULO 9

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Medidas de protección / MEDIDAS DE PROTECCION - Decreto Ley 2737. Código del Menor / MEDIDAS DE PROTECCION - Objeto y finalidad / MEDIDAS DE PROTECCION - Ubicación familiar / HOGAR BIOLOGICO - Hogar gestor

Cuando un menor se encontraba en situación de peligro o de abandono se podían decretar, de conformidad con el Código del Menor, cualesquiera de las siguientes medidas de protección: (...) Así las cosas, el ICBF al advertir la existencia de un estado de peligro o de abandono de un menor asume el deber de garantía frente a la protección de la vida e integridad física del niño o niña respectivo, para lo cual se deben adoptar las medidas de protección idóneas que garanticen la salvaguarda de los derechos fundamentales del menor bajo circunstancia de amenaza. Como se aprecia, una de los instrumentos de protección regulados por el Código del Menor era el de ordenar la atención integral en un centro de protección especial. En consecuencia, el objetivo y finalidad de la medida de protección no es otro que el de superar la condición de peligro o de riesgo que penda sobre el menor, es decir que sólo resulta procedente revocar o modificar el instrumento cautelado una vez se hubiere constatado que las condiciones resultan óptimas e idóneas para que el niño o niña pueda retornar a su medio familiar y social. Una de las formas de ubicación familiar en Colombia consistía en entregar el menor bajo la modalidad de “hogar biológico”, medida que en la actualidad se denomina “hogar gestor”.

NOTA DE RELATORIA: En relación con los lineamientos de los hogares biológicos, consultar Corte Constitucional, sentencia T-608 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Ejecución de medidas de protección / EJECUCION DE MEDIDAS DE PROTECCION - Estado de desnutrición crónica de un menor bajo la modalidad de hogar biológico / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Imputación del daño antijurídico / IMPUTACION DEL DAÑO ANTIJURIDICO - Falla del servicio

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 o a sus familiares durante la ejecución de una medida de protección. (...) resulta perfectamente posible que en la concreción de las medidas de protección se generen daños antijurídicos que esté obligado el ICBF a resarcir, siempre que le sean imputables. En el caso sub examine, existen suficientes elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que la entidad demandada está compelida a reparar la lesión antijurídica padecida por los demandantes. (...) el daño antijurídico está constituido por el estado de desnutrición crónica con que entregó el ICBF al niño José Antonio Carballo Cabrera a su padre, bajo la modalidad de hogar biológico. Para la Sala el daño es causal y jurídicamente

atribuible a la entidad demandada (...) De las pruebas que se allegaron al proceso resulta que el ICBF intentó situar al menor en centros de atención especializada pero ante su agresividad y la falta de adaptación a esas instituciones decidió modificar la medida de protección por la del hogar biológico, cuando el informe social producido por funcionarios de la misma entidad demostraba que el padre no contaba con los recursos económicos y sociales para atender en debida forma al menor José Antonio, dadas sus condiciones físicas (desnutrición crónica) y psicológicas (retraso lingüístico y psicomotor). En ese orden de ideas, el ICBF incurrió en una falla del servicio al haber retornado a su entorno familiar al niño José Antonio Carballo Cabrera sin que previamente se hubiera estabilizado su condición física, pues el hecho de decretar la medida de hogar biológico y, por lo tanto, de entregar una subvención económica a favor de su padre no garantizaba que se superara el estado de riesgo, peligro o amenaza para sus derechos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la responsabilidad del ICBF por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes frente a los menores, consultar sentencia del 28 de septiembre de 1998, exp. 11130, M.P. Juan de Dios Montes Hernández. En relación con la responsabilidad de las madres comunitarias, ver sentencia del 13 de diciembre de 1993, exp. 8218, M.P. Julio César Uribe Acosta. Sobre falla en la prestación del servicio por parte del ICBF, consultar sentencia del 26 de mayo de 2010, exp. 18195, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez. En relación con la prevalencia de los intereses de los niños y el derecho prevalente a tener una familia y no ser separado de ella, consultar Corte Constitucional, sentencias T-1226124 de 23 de febrero de 2006; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-752/98, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; SU-225/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y SU-510/03; M.P. Manuel José Cepeda

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Estado de desnutrición crónica de un menor bajo la modalidad de hogar biológico / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Desarraigo de menor de su núcleo familiar / TITULO DE IMPUTACION - Falla del servicio

Le asiste razón al recurrente cuando señala que la falla del servicio o “culpa” – como la denomina– residió en que el ICBF no mejoró en modo alguno la condición del menor José Antonio Carballo Cabrera durante el período en que lo desarraigó de su núcleo familiar. De igual forma, del acervo probatorio se tiene que el señor José Antonio Carballo Guamanga recibió a su hijo José Antonio y que éste falleció encontrándose vinculado a su familia bajo la medida de protección de hogar biológico; no obstante, no acreditó que su deceso se hubiere producido por descuido de su padre o en virtud del proceso de desnutrición avanzado, razón por la cual no es posible aceptar los argumentos de defensa que están encaminados a radicar exclusivamente en cabeza del demandante el estado físico del menor y su posterior fallecimiento. Asimismo, advierte la Sala que luego de que el ICBF impuso al niño un desarraigo que comprendió su estadía en las ciudades de Bogotá, Garzón y Pitalito, optó por modificar el instrumento de protección y retornar al menor en el año 1994 en las mismas o peores condiciones en las cuales fue retirado de su hogar, sin que se evidenciara mejoría alguna en su estado físico y psicológico. (...) Para la Sala los instrumentos probatorios que integran el plenario resultan demostrativos de la incontestable falla del servicio en que incurrió la entidad demandada (...) La anterior panorámica no deja de causar asombro a la Sala, puesto que llaman poderosamente la atención hechos como los que se juzgan, comoquiera que la entidad que tiene a su cargo la protección integral de la infancia y la adolescencia somete a un niño –que ha sido maltratado

por su padrastro con la presunta anuencia de su madre, y cuyo padre no cuenta con los recursos necesarios para brindarle un adecuado e idóneo sostenimiento— a un éxodo lejos de su único ser querido, es decir su padre, durante casi un año, para con posterioridad retornarlo en similares o peores condiciones a las que lo retiró de su núcleo familiar. (...) para la Sala no puede pasar desapercibida la actitud indolente, indiferente y negligente —por decir lo menos—, asumida por el señor José Antonio Carballo Guamanga respecto de su propio hijo (...) no se vislumbra una actitud del padre, señor Antonio Carballo Guamanga, tendiente a obtener o recuperar el cuidado y/o protección de su hijo, máxime si era su única familia, pues de su madre “se desconocen los datos sobre las condiciones actuales”, lo cual lleva a la Sala a concluir acerca del abandono del menor por parte de su padre, circunstancia que impide reconocer indemnización alguna en su favor, pues resulta contradictorio que el aludido actor cuando pudo asistir a su hijo no lo hizo y ahora pretenda obtener un beneficio económico a causa del padecimiento de aquél.

NOTA DE RELATORIA: Sobre causales de indignidad para suceder consultar Corte Constitucional, sentencia C-30 del 27 de mayo de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIO MORAL - Estado de desnutrición crónica de menor bajo la protección del ICBF / PERJUICIO MORAL - Valoración realizada por el juzgador según su prudente juicio / PERJUICIO MORAL - Reconocimiento Jurisprudencial. Regla general. Equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL A FAVOR DE LA MASA SUCESORAL - Muerte de menor por estado de desnutrición crónica

De conformidad con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado 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 perjuicio moral ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquel se presente en su mayor grado de intensidad. Así las cosas, habrá lugar a reconocer, a título de daño moral, a favor del menor José Antonio Carballo Cabrera (q.e.p.d.), la cantidad equivalente en pesos a 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Las sumas concedidas a favor del niño José Antonio Cabrera serán reconocidas directamente a la masa sucesoral de éste, toda vez que dentro del proceso se constató la ocurrencia de su fallecimiento y, de otro lado, no se tramitó la sucesión procesal en los términos del artículo 60 del C. de P. C.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 60

NOTA DE RELATORIA: Para establecer el monto de la indemnización se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, la entidad demandada pagará a favor de los demandantes las sumas de dinero, liquidadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

JUSTICIA RESTAURATIVA - Medidas de satisfacción / MEDIDAS DE SATISFACCION - Estado de desnutrición crónica de menor bajo la protección del ICBF / MEDIDAS DE SATISFACCION - Transgresión de la

dimensión objetiva de los derechos fundamentales / MEDIDAS DE SATISFACCION - Medida de no repetición. Garantía de no repetición / MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Medida de no repetición. Garantía de no repetición

La Sala advierte que se transgredió la dimensión objetiva de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad del menor José Antonio Carballo Cabrera, toda vez que con el comportamiento del ICBF no sólo no se superó el estado de peligro y abandono en que se encontraba aquél, sino que, por el contrario, se generó más trauma al menor, quien, al final, retornó con su padre en idénticas o peores condiciones de las que fue extraído con fundamento en la medida de protección. En consecuencia, la actitud del ICBF desconoció la protección constitucional especial y reforzada que cobija a los niños y niñas de país, máxime si José Antonio contaba con una doble garantía constitucional en virtud de su condición de niño y de discapacitado. En efecto, 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 se desconoció la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad del niño José Antonio Carballo Cabrera, pues la medida de protección, instrumento en principio idóneo para garantizarle de sus derechos fundamentales se tornó inocua en virtud del comportamiento de la entidad demandada que lejos de asumir una posición dinámica y activa para procurar de manera efectiva la recuperación del menor optó por devolverlo al lado de su padre en las mismas condiciones de desnutrición avanzada y crónica que las iniciales al momento de decretar el estado de abandono y peligro del menor. Por lo tanto, con fundamento en el principio de reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998), la Sala decretará las siguientes medidas de justicia restaurativa, con miras a restablecer la dimensión objetiva del núcleo de los derechos fundamentales transgredidos: Como medida de no repetición (...) como garantía de no repetición (...) como medida de satisfacción (...) La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de la orden anterior, con destino al Tribunal Administrativo del Huila, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la vulneración grave de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y las medidas de justicia restaurativa, consultar sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente No. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011).

Radicación número: 41001-23-31-000-1994-07893-01(20324)

Actor: JOSE ANTONIO CARBALLO G Y OTRO

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF-

Referencia: REPARACION DIRECTA-APELACION SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, del 30 de noviembre de 2000, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda.

En escrito presentado el 25 de octubre de 1994, el señor José Antonio Carballo Guamanga, en nombre propio y en representación de su hijo menor José Antonio Carballo Cabrera, mediante apoderado judicial, interpuso demanda de reparación directa contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– con el fin de que se le declare administrativamente responsable por los perjuicios sufridos con ocasión del estado avanzado de desnutrición que padeció mientras estuvo cobijado por una medida de protección decretada por ese establecimiento público (fls. 2 a 8 C. 1).

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a la entidad demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos a 3.000 gramos de oro para cada uno de ellos y, a título de daño material, en la modalidad de lucro cesante, el valor de \$55'666.800,00¹.

Como fundamentos de hecho de la demanda se señalaron, en síntesis, los siguientes:

- El ICBF, Regional Huila, Seccional Pitalito recibió, en el mes de marzo de 1993, al niño José Antonio Carballo Cabrera de manos de su padre José Antonio Carballo Guamanga, pues así lo ordenó la Resolución No. 014 del 1º de febrero de ese

¹ Suma que resulta superior a la legalmente exigida para tramitar en dos instancias un proceso iniciado en el año 1994, pues la cuantía señalada para ese efecto era de \$9'610.000,00 (Decreto 597 de 1988).

mismo año por medio de la cual se declaró al menor en situación de peligro y abandono.

- De conformidad con el examen psicosomático de ingreso se deduce que José Antonio Carballo Cabrera era un niño sano en los planos físico, psicológico, afectivo y mental; no obstante, la entidad demandada lo declaró en estado de peligro y lo remitió al Hogar del Niño Especial en la ciudad de Bogotá D.C., donde recibiría la máxima atención.

- A los pocos meses, en un estado de avanzada desnutrición que le produjo secuelas irreversibles en los aspectos físico y psicológico, el menor fue remitido de nuevo a la Regional Huila, Seccional Garzón, lugar en el cual estuvo incluso en peores condiciones y donde fue expedida la Resolución No. 064 del 1º de julio de 1993.

- En esas circunstancias *“el padre se niega a recibir a su hijo, pues no fue ese el estado en que lo entregó al ente demandado y exige que se lo devuelvan bien de salud, o al menos en el estado de salud en que fue recibido por dicha entidad, quien en tal evento decide entregarlo a un hogar sustituto y posteriormente designa como madre sustituta al padre del menor quien no estando en capacidad de velar por el menor en las condiciones en que lo recibe, renuncia a dicho nombramiento oficioso y nuevamente el menor es entregado a otra madre sustituta”*.

- José Antonio Carballo Guamanga formuló denuncia penal por los hechos mencionados.

- El estado en que quedó el menor José Antonio después de la medida de protección decretada por el ICBF es irreversible, con daños a la integridad psicofísica.

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo del Huila a través de providencia del 5 de diciembre de 1994, decisión que se notificó a la demandada (fl. 61 C. 1).

1.2.- La contestación de la demanda.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contestó la demanda para oponerse a las pretensiones de la misma con fundamento en el siguiente razonamiento:

- El niño José Antonio Carballo Cabrera, contrario a lo precisado en la demanda, ingresó al instituto con desnutrición crónica. En tales condiciones, fue ubicado el 4 de enero de 1993 dentro del programa de hogares sustitutos a solicitud y con plena aprobación del progenitor quien debido a sus precarias condiciones socio-económicas no podía tenerlo bajo su cuidado.

- Debido al crítico estado nutricional y mental de José Antonio, el equipo técnico del centro zonal sugirió ubicar al menor en una institución especializada de rehabilitación.

- Efectivamente, el médico del Hospital Regional de Pitalito certificó el 1º de febrero de 1993 que el menor José Antonio Carballo Cabrera presentaba retardo mental.

- El instituto jamás separó al hijo del padre, simplemente le sugirió a este último la posibilidad de trasladar al niño a una institución donde recibiría atención especializada, medidas de protección que contaron con el aval del progenitor, tanto así que éste viajó con los funcionarios del ICBF a Bogotá, ciudad en la cual verificó el lugar donde su hijo sería atendido, conoció las instalaciones, así como el personal médico y profesional.

- El 6 de agosto de 1993, el señor José Antonio Carballo Guamanga recibió a su hijo por intermedio de su actual compañera permanente Adela Pérez Agudelo, a quien el ICBF le asignó la condición de madre sustituta para poder entregar a la familia un apoyo económico. En esta modalidad permaneció hasta el 13 de diciembre de 1993, pues se constató que la madre sustituta no daba al menor la alimentación adecuada, ni le brindaba los cuidados necesarios.

- Así las cosas, el menor fue reubicado en otro hogar sustituto en el cual mejoró de forma significativa en sus condiciones físicas generales.

- El 24 de marzo de 1994 el padre del José Antonio Carballo Cabrera lo recibió, de nuevo, en la modalidad de hogar biológico, mecanismo a través del cual el ICBF concede una ayuda económica y profesional a los padres de la familia que tienen hijos con limitaciones físicas o mentales y que carecen de recursos para brindarles una atención adecuada, pero con la garantía de que el niño permanece vinculado a su núcleo familiar.

- Los días 30 de mayo y 6 de julio de 1994 el señor José Antonio Carballo Guamanga trasladó al menor José Antonio a los hogares de varias amigas de la familia, lo que demuestra el incumplimiento de sus obligaciones.

- El 18 de noviembre de 1994 el ICBF tuvo conocimiento de que el niño José Antonio Carballo Cabrera fue internado nuevamente en el hospital, con un delicado estado de salud.

- El 29 del mismo mes y año falleció el menor José Antonio Carballo Cabrera, a causa de un paro cardiorrespiratorio, insuficiencia respiratoria y bronco-neumonía.

1.3.- Los alegatos de conclusión en primera instancia.

Vencido el período probatorio previsto en providencia del 27 de julio de 1998 y fracasada la etapa conciliatoria, el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, el 1º de octubre de 1999 (fls.177 a 179 y 544 C. 1).

Dentro de la oportunidad procesal, las partes intervinieron para reiterar los argumentos contenidos en los escritos de demanda y contestación respectivamente (fls. 546 a 550 y 551 a 554 C. 1).

Por su parte, el Ministerio Público emitió concepto para solicitar que sean denegadas las súplicas del libelo demandatorio, por cuanto, en su criterio, no se acreditó una falla del servicio a cargo de la entidad demandada y de sus agentes; por el contrario, quedó establecido que al menor se le brindó toda la atención especializada que requirió (fls. 556 a 565 C. 1).

1.4.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá profirió sentencia, el 30 de noviembre de 2000, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

Esa Corporación, a partir de la valoración del material probatorio, no encontró probada la falla del servicio alegada en la demanda y, por el contrario, halló que la

atención suministrada por el ICBF al menor José Antonio Carballo Cabrera fue oportuna e integral, en cumplimiento de los deberes legales asignados a esa entidad pública (fls. 432 a 448 C. Ppal.).

Entre otros aspectos, el Tribunal *a quo* puntualizó:

“A la luz del acervo probatorio que se deja expuesto para la Sala no es posible deducir la falla del servicio que la parte actora atribuye al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en cuanto se relaciona con los cuidados brindados al menor José Antonio Carballo durante su permanencia en dicha institución. Se probó en cambio que el ICBF obró con esmero y sin faltar a sus deberes de proveer cuidados y atención integral al impúber.

“Si bien se demostró que el ICBF obró con diligencia, para la Sala no sucedió igual si de juzgar el comportamiento del demandante se trata. En efecto, la manifestación expresada en los hechos de la demanda cuando se aduce que el padre del menor se negó a recibirlo por encontrar a su hijo en precarias condiciones de salud es un comportamiento censurable y merece reproche pues obrar en tal sentido equivale al abandono del deber de cuidado que a todo padre de familia se impone. Por precarias que hayan sido las condiciones de salud y avanzado estado de desnutrición del menor, nadie es más indicado que su progenitor para proveerle cuidados. Y sea de ello lo que fuere, tampoco se probó que la degradación del menor se deba a negligencia o desprotección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

“(…)” (fls. 565 a 571 C. Ppal.).

1.5.- El recurso de apelación.

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la providencia, el cual fue concedido por el Tribunal de primera instancia el 15 de marzo de 2001 y admitido por esta Corporación en proveído del 12 de junio de 2001 (fls. 581 y 586 C. Ppal.).

La parte demandante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia a través de un denso y confuso escrito mediante el cual insistió en la necesidad de reconocer los perjuicios solicitados a favor de los demandantes; se citó *in extenso* varios párrafos de distintos textos académicos sobre responsabilidad extracontractual Civil y del Estado; se transcribió la sentencia proferida por esta Sección del 28 de 1998, expediente No. 11130 y, por último, en el único párrafo que contiene una discrepancia para con la sentencia de primera instancia, simplemente, se indicó:

“4º La culpa y por ende la responsabilidad del ente demandado se hace más notoria cuando ante la negativa del padre para recibir a su hijo en dicho estado, lo designan “padre comunitario”, desconociendo que a él mismo le quitaron el hijo declarado en abandono, pero más abandonado se lo pretendieron regresar y buscando exonerarse de responsabilidad intentaron esta figura con el pretexto de adjudicarle la culpa al padre, quien nunca ejerció dichas funciones ni aceptó el cargo, porque no sabía para qué ni de qué se trataba; no es este presunto padre sustituto el responsable porque nunca recibió a su hijo en el estado que se lo llevó el ente demandado.” (fl. 577 C. Ppal.).

1.6.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia.

El 17 de julio de 2001 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, término durante el cual sólo intervino la demandada para deprecar que sea confirmada la sentencia impugnada, toda vez que el comportamiento de la entidad fue diligente y cuidadoso durante la medida de protección decretada, sin que exista prueba alguna de la falla del servicio que se alega en el libelo demandatorio, máxime si el daño alegado e incluso el deceso del niño José Antonio se produjo mientras estaba a cargo de su progenitor (fls. 588 y 589 a 590 C. Ppal.).

II.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, el 30 de noviembre de 2000, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

De otro lado, al margen de la ambigüedad contenida en el recurso de apelación, la Sala abordará el estudio de la controversia pues del escrito de apelación se desprende que la parte demandante discrepa de la decisión contenida en primera instancia no sólo en relación con la forma en que se definió la cuestionada responsabilidad de la entidad demandada, sino en cuanto tiene que ver con la indemnización de perjuicios.

2.1.- Los hechos probados.

Dentro de la respectiva etapa procesal y con el lleno de los requisitos legales se recaudaron los siguientes elementos probatorios:

- A folio 83 del cuaderno número uno obra copia auténtica del acta de entrega del menor José Antonio a la madre sustituta Teresa Cano, el 4 de enero de 1993, por encontrarse en estado regular y desnutrición crónica.

- Copia auténtica de la historia nutricional del niño José Antonio Carballo Cabrera, en la cual se consignó:

“(…) PRIMER CONTROL

“Fecha: diciembre 4 de 1992.

“Peso: 29.300 gramos Edad: 12 años.

“Talla: 136,8 cm.

“Dx nutricional: Desnutrición crónica.

“Se observa menor en buenas condiciones generales de salud. El menor presenta retraso en el desarrollo del lenguaje su desarrollo mental se encuentra por debajo de su edad cronológica.

“SEGUNDO CONTROL

“Fecha: 5 de febrero de 1993.

“Peso: 31.700 gramos.

“Talla: 140 cm

“Dx nutricional: Desnutrición crónica.

“En este control se observa aumento de peso y talla, con relación al control anterior. Se realiza anamnesia alimentaria y se encuentra dieta hipercalórica e hipoprotéica. Durante la consulta se observó que el menor se apega a todas aquellas personas que le brinden afecto. Su comunicación la realiza mediante sonidos, gestos y mostrando con la mano lo que desea o le llama la atención. Su aspecto general es adecuado y no presenta enfermedad.” (fl. 85 C. 1 - mayúsculas del original).

- Copia auténtica del informe social elaborado por funcionarios del ICBF, del 20 de enero de 1993, documento del cual se transcribe:

“(…) El menor ANTONIO CARBALLO C. es hijo extramatrimonial de la pareja conformada por los señores JOSÉ A. CARBALLO y MERCEDES CABRERA, cuyas edades oscilan entre los 56 y 22 años respectivamente, el señor José se dedica a la agricultura (jornal), su escolaridad es primaria incompleta, por su parte su ex compañera se dedica al hogar, actualmente, convive con otra persona (compañero) y su escolaridad también es primaria incompleta.

“El señor José Antonio convivió 2 años con la sra. Mercedes, donde hasta hace 10 años aproximadamente se separaron, quedando el menor bajo la responsabilidad de su madre, quien le daba maltrato, ocasionado sobretodo por parte de su padrastro, quien al parecer le ocasionó las lesiones que actualmente padece, el progenitor recibió a su hijo menor hace 5 años, en pésimas condiciones generales tanto físicas como personales y con un deterioro en su desarrollo mental.

“Con respecto a la situación económica del señor José A. se considera precaria, su único medio de sustento lo constituye el producto de su trabajo como jornalero, no posee propiedades de las cuales devengue alguna renta o ingreso mensual...

“Se desconoce el motivo exacto de la separación de la pareja, según versión del padre del niño, todo sucedió cuando él decide viajar al Caquetá en busca de mejores posibilidades laborales...

“(...) CONCEPTO:

“El caso del menor Antonio, obedece a la completa irresponsabilidad de la madre, de quien se desconocen los datos sobre las condiciones actuales. Por parte del señor José Antonio ha existido interés para ayudar a su hijo menor y hasta el momento lo ha realizado correctamente, pero por sus condiciones económicas, de inestabilidad laboral y socio-familiar, se hace necesario brindarle protección al menor, buscando la posibilidad de ofrecerle los medios especializados que le permitan su recuperación. El menor fue atendido por el ICBF en el Centro Zonal Pitalito, donde se le brindó protección provisional en la modalidad de colocación familiar en hogar sustituto, demostrando una total desadaptación a este medio, rechazo a la madre sustituta, motivo por el cual fue ubicado en 2 hogares diferentes los cuales no aceptó. La situación vivida con el menor nos llevó a entender que el servicio realmente se le debía ofrecer era especial, constante y que le garantizara su recuperación al menos en una mínima cantidad.

“El progenitor está de acuerdo en que el menor sea trasladado a la ciudad de Garzón, ya que allí tiene facilidades para desplazarse y visitar a su hijo, quien se encuentra nuevamente bajo su responsabilidad por orden de la Defensoría de Familia. Se recomienda que mediante el Equipo de Protección Especial de la sede Regional, se coordine para la ubicación del menor en centro de atención especial, siendo éste el servicio que realmente necesita el niño.” (fls. 86 y 87 C. 1 - mayúsculas del original).

- Copia auténtica de la historia clínica del niño José Antonio Carballo Cabrera, fechada el 2 de noviembre de 1993, de la cual se transcribe lo siguiente:

“Paciente de 12 años con estado físico normal, presenta retardo mental.

“NUTRICIONAL: menor con DNT crónica.

“SOCIAL: menor que presenta atraso en el desarrollo del lenguaje, presenta retardo mental, normal desarrollo motor, es un niño que entiende lo que se le dice y en ocasiones suele ser muy obediente.

“El menor Antonio estuvo ubicado en 2 hogares sustitutos, de los cuales fue egresado por no aceptación del servicio y desadaptación al mismo, además el menor necesita es una atención especializada, en un centro que le permita su recuperación ya que según concepto médico tiene pronóstico positivo.” (fl. 92 C. 1).

- De folio 93 a 94 del cuaderno número uno, obra copia íntegra y auténtica de la Resolución 014 del 1º de febrero de 1993, por medio de la cual una Defensora de Familia del ICBF decretó la situación de abandono o peligro del menor José Antonio Carballo, de la cual se destaca:

“(…) a partir del 4 de enero de 1993 se dio apertura a la investigación del caso... adoptándose en forma provisional, como medida de protección al mencionado menor, la colocación familiar en la modalidad de hogar sustituto, la cual no se pudo hacer efectiva por cuanto la problemática que presenta dicho menor requiere de una medida diferente donde se le brinden las atenciones y cuidados especiales que requiere.

“(…) el Centro Zonal de Pitalito del ICBF no cuenta con una institución donde se brinde atención especializada, con personal profesional idóneo para la atención de la patología que presenta dicho menor con relación al atraso en su desarrollo mental, el cual requiere vigilancia y cuidado permanente.

“Que conforme examen físico y observación directa, así como certificación médica, se determina que el menor presenta atraso en el desarrollo del lenguaje, desarrollo mental por debajo de la edad cronológica, presentando también retraso.

“Que dadas las particularidades establecidas en los considerandos anteriores...

“RESUELVE:

“ARTÍCULO PRIMERO. Declarar en situación de peligro y de abandono al menor JOSÉ ANTONIO CARBALLO CABRERA, nacido el 20 de enero de 1980 en Pitalito (Huila).

“ARTÍCULO SEGUNDO. De conformidad al Art. 57 numerales 4 y 6, ordenar como medida de protección a favor del mencionado menor, la institucionalización en un centro de atención especial e institución donde se garantice su recuperación.

“ARTÍCULO TERCERO. Coordinar con la Regional Huila del ICBF para el cumplimiento de la medida anterior con relación a la ubicación y traslado del menor José Antonio Carballo C.

“(...)” (fls. 93 y 94 C. 1 - mayúsculas del original).

- Copia auténtica del informe de la evaluación practicada al menor José Antonio Carballo por parte del Hogar para el Niño Especial, documento en el cual se puntualizó:

“En la evaluación se observó que José Antonio su percepción auditiva es funcional dirigiendo su mirada hacia la fuente sonora.

“En lenguaje se observó que en el nivel fonético-fonológico hay presencia de procesos metaplásticos (omisión de sílabas inicial); en semántica, obedece órdenes sencillas hay funcionalidad a nivel sintético maneja un lenguaje telegráfico (con ausencia de conectivos de primero y segundo grado). A nivel pragmático utiliza las funciones pre-lingüísticas desinformar, nombrar, contestar, solicitar, protestar.

“De acuerdo a lo anterior se concluye que el niño presenta un desorden comunicativo ya que el desarrollo del lenguaje es inadecuado a su edad ubicándolo en la etapa telegráfica (cristel 1978).” (fl. 101 C. 1).

- Comunicación del Director Científico del Hogar para el Niño Especial, del 3 de junio de 1993, dirigida al ICBF Regional Huila, en la cual se lee:

“(...) DIAGNÓSTICO: RETARDO MENTAL ENTRENABLE
“Síndrome comunicativo.

“(...) El paciente, posterior a sus dos crisis convulsivas ha presentado afectividad plana y estado emotivo, coincide con la administración de FBT 50 mg/12 H.

“Anteriormente presentaba estado de alerta y comportamiento agresivo dirigidos básicamente a sus coetáneos.

“La relación actual con otras personas es nula; se encuentra en completo estado de retraimiento; lo que hace suponer que presenta en mayor grado un cuadro de tipo emocional (privación) que por su patología de base no ha podido ser manejado con técnicas RASY.

“Su autocuidado es básicamente dependiente en todas las actividades, requiere supervisión, y órdenes para realización de actividades.” (fl. 103 C. 1).

- Copia de la carta dirigida por el Director Científico del Hogar para el Niño Especial al Director de la Regional Huila del ICBF, del 28 de mayo de 1993, en la cual se pone de presente lo siguiente:

“Con la presente informo sobre el estado del menor en cuestión.

“El día 26 de los corrientes presenta crisis agresiva en la cual lesiona a uno de los menores.

“En la comunicación anterior informé sobre los riesgos que asume el paciente, con las dos entidades que presenta, a la fecha el factor de riesgo ahora se halla igualmente en la población de la Fundación.

“Estamos a la espera de reubicación acción que se hace urgente.”
(fl. 110 C. 1).

- Copia auténtica de la historia integral socio - familiar del niño José Antonio Carballo Cabrera, de la Regional Huila, Centro Zonal Garzón, en la cual se hace constar que el menor arribó a esa dependencia el 4 de junio de 1993, remitido por el Hogar para el Niño Especial, por tratarse de un menor con retardo mental profundo y que corre peligro físico (fl. 105 C. 1).

- Copia íntegra y auténtica de la Resolución No. 064 de julio 1º de 1993, por medio de la cual una Defensora de Familia adscrita al Centro Zonal de Garzón, Regional Huila del ICBF, dispuso lo siguiente:

“(…) Que mediante oficio No. [ilegible] de junio 4 de 1993, de la institución Hogar para el Niño Especial, ubicado en la ciudad de Santa Fé de Bogotá fue trasladado el menor José Antonio Carballo a este Centro Zonal, según determinación tomada por el nivel regional, para que el menor asistiera a la institución para el niño especial de esta ciudad, observándose que hasta la fecha no se ha podido dar tal actuación debido al precario estado de salud del menor además que dicha institución se encuentra en crisis no contando con asistencia profesional para atender este tipo de problemas, ya que presenta desnutrición crónica, retardo psicomotor, deprivación (sic) sicoafectiva y no control de esfínteres, razón por la cual debe estarse cambiando constantemente de posición a la vez de darle su alimento hiperprotéicos en forma licuada y en biberón, por sus convulsiones se debe suministrar fenobarbital a las 6 am y 6 pm.

“Que el menor es procedente de la Zona Pitalito, lugar donde había sido remitido inicialmente ante la problemática presentada por éste y que obliga a su progenitor a solicitar protección.

“Que luego de evaluar la situación presentada con el menor, y las limitaciones antes enunciadas se determina por el equipo de protección que es conveniente el reintegro a su medio familiar y es por ello que es urgente trasladarlo al ICBF, Centro Zonal Pitalito, lugar donde reside su familia y en donde por consiguiente es el competente para seguir conociendo del caso, por lo que esta Defensoría

“RESUELVE:

“ARTÍCULO PRIMERO: Decretar el estado de peligro del menor JOSÉ ANTONIO CARBALLO y ordenar trasladarlo a la Zona Pitalito, para los fines pertinentes.

“(...)” (fl. 114 C. 1 - mayúsculas del original).

- Acta de entrega del menor José Antonio Carballo a la madre sustituta Adela Pérez Agudelo, el día 6 de agosto de 1993, quien se encuentra según el documento “*en regulares condiciones de salud y en DNT crónica en recuperación estado nutricional...*” (fl. 146 C. 1).

- Copia auténtica del acta de ubicación del menor José Antonio Carballo en hogar biológico, documento del cual se desprende:

“En Pitalito (Huila), a los 24 días del mes de marzo de 1994, compareció ante la Defensoría de Familia del ICBF, Centro Zonal Pitalito, el señor JOSÉ ANTONIO CARBALLO GUAMANGA, identificado con cédula de ciudadanía No. (...) con la finalidad de recibir bajo colocación familiar modalidad hogar biológico al menor JOSÉ ANTONIO CARBALLO, cuyo estado de salud es normal de acuerdo a su problemática. Acto seguido el suscrito Defensor, por ante su Secretaria, procede a realizar la respectiva entrega, estableciéndose que el lugar de permanencia del menor será la ciudad de Pitalito; que deberá informar en forma mensual al Defensor de Familia sobre la situación general del menor. Así mismo se advierte la obligación que adquiere de brindar al menor todos los cuidados necesarios para obtener su desarrollo integral en los aspectos físicos, intelectuales, morales y sociales; así mismo y dentro del término señalado sobre el estado general del menor; así mismo facilitar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su asesoría y seguimiento. El incumplimiento a las anteriores obligaciones dará lugar a la pérdida de calidad de hogar biológico.” (fl. 162 C. 1).

- Auto del 30 de noviembre de 1994, mediante el cual el Defensor de Familia del Centro Zonal de Pitalito archivó el proceso administrativo de protección a favor del menor José Antonio Carballo Cabrera, debido al fallecimiento de éste el 28 del mismo mes y año (fl. 174 C. 1).

- Registro Civil de Defunción de José Antonio Cabrera, a través de cuyo contenido se hace constar que su deceso se produjo el 29 de noviembre de 1994, a causa de paro cardiorrespiratorio e insuficiencia respiratoria (fl. 176 C. 1). De igual forma, a folio 11 del cuaderno número uno reposa copia auténtica del registro civil de

nacimiento de José Antonio Carballo Guamanga, en el cual consta que sus padres son: José Antonio Carballo Guamanga y Mercedes Cabrera Mazabel.

2.2.- Caso concreto.

A partir de la valoración del acervo probatorio, la Sala revocará la sentencia apelada para, en su lugar, acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

De conformidad con las Resoluciones 014 y 064 de 1993 proferidas ambas por Defensores de Familia de la Regional Huila del ICBF, se desprende que la situación de desnutrición crónica y la condición de retraso lingüístico y psicomotor del menor José Antonio Carballo Cabrera era conocida por la entidad demandada, al grado tal que fue esa situación la que motivó que fuera separado de su progenitor con la finalidad de ser ubicado en centro especializado.

De otro lado, del informe social realizado por funcionarios del ICBF se pueden extraer las siguientes conclusiones: **i)** la madre de José Antonio Carballo se hizo cargo de él en sus primeros años, durante los cuales fue objeto de maltrato por parte del compañero permanente de aquella, tanto así que es altamente probable que haya sido éste quien le ocasionó los daños psicológicos y de retraso que padece el menor; **ii)** con posterioridad, la progenitora entregó el cuidado del menor a su padre, esto es al señor José Antonio Carballo Guamanga, quien –según el informe social del ICBF-, dada su precaria condición económica, no permitía ofrecerle los cuidados necesarios requeridos por el niño, y **iii)** en virtud de lo anterior, el ICBF decretó el estado de peligro y abandono del niño José Antonio con la finalidad de que pudiera ser atendido en una institución especializada para su condición.

Además, de las comunicaciones de las directivas del Hogar del Niño Especial y las actas de entrega suscritas por distintos Defensores de Familia de la Regional Huila del ICBF, resulta posible concluir que debido a la agresividad del niño José Antonio y a su desadaptación en los centros especializados, el ICBF lo entregó al cuidado de varias madres sustitutas y, por último, bajo la modalidad de hogar biológico al cuidado de su padre José Antonio Carballo Guamanga.

Finalmente, de acuerdo con los distintos medios de convicción que integran el acervo probatorio, resulta posible establecer que el menor José Antonio Carballo

Cabrera sufrió de manera permanente –al menos durante los años 1993 y 1994– de desnutrición crónica, estado de salud que nunca fue superado, inclusive mientras estuvo en manos del ICBF en centros especializados o en los hogares sustitutos designados por éste.

Está de igual forma probado que el niño José Antonio Carballo Cabrera murió el 29 de noviembre de 1994, por un paro cardiorrespiratorio e insuficiencia respiratoria, daño éste que no hace parte de la litis y, por consiguiente, la Sala se abstendrá de analizar cuál fue su causa y si es o no imputable a la Administración Pública.

Por tal motivo, se insiste, el daño que se debate en este litigio se refiere al estado de desnutrición avanzado alegado por los actores en el libelo demandatorio y que se enrostra a la institución demandada.

Ahora bien, en el asunto *sub examine*, el daño alegado, esto es el estado de desnutrición crónico o avanzado del menor José Antonio Carballo Cabrera, es imputable en el plano causal y jurídico a la entidad demandada.

En Colombia 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.)²; **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 (artículo 44 C.P.); **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 Estado.

Corresponde entonces al ICBF, en representación de la organización estatal, velar por la protección y materialización efectiva del catálogo axiológico y programático antes señalado, para cuyo propósito se le han entregado a ese establecimiento público múltiples herramientas contenidas en el Código del Menor³ –normativa vigente para el momento de los hechos que se juzgan en este proceso– y actualmente en el Código de la Infancia y la Adolescencia encaminadas a la satisfacción plena de las garantías esenciales de los niños y niñas de Colombia.

Precisamente por lo anterior, el Código del Menor establecía varias medidas de protección e instrumentos de salvaguardia para retrotraer los efectos de una conducta lesiva de los derechos de los niños y niñas y de los adolescentes o para hacer cesar la amenaza que pudiese pender respecto de los mismos.

Sobre el particular, los artículos 8 y 9 del derogado Código del Menor determinaban:

“Artículo 8. El menor tiene derecho a ser protegido contra toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación. El Estado, por intermedio de los organismos competentes, garantizará esta protección.

“El menor de la calle o en la calle será sujeto prioritario de la especial atención del Estado, con el fin de brindarle una protección adecuada a su situación.

“Artículo 9. Todo menor tiene derecho a la atención integral de su salud, cuando se encontrare enfermo o con limitaciones físicas, mentales o sensoriales, a su tratamiento y rehabilitación.

² 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 Niño, de manera concreta en el artículo 3 de esa normativa.

³ Decreto Ley 2737 de 1989.

“El Estado deberá desarrollar los programas necesarios para reducir la mortalidad y prevenir la enfermedad, educar a las familias en las prácticas de higiene y saneamiento y combatir la malnutrición, otorgando prioridad en estos programas al menor en situación irregular y a la mujer en período de embarazo y de lactancia.

“El Estado, por medio de los organismos competentes, establecerá programas dedicados a la atención integral de los menores de siete (7) años. En tales programas se procurará la activa participación de la familia y la comunidad.” (Negrillas y subrayado adicionales).

En consecuencia, cuando un menor se encontraba en situación de peligro o de abandono se podían decretar, de conformidad con el Código del Menor, cualesquiera de las siguientes medidas de protección:

“En la resolución por medio de la cual se declare a un menor abandonado o en peligro, se podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección:

“1. La prevención o amonestación a los padres o a las personas de quienes dependa.

“2. La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos.

“3. La colocación familiar.

“4. La atención integral en un centro de protección especial.

“5. La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono.

“6. Cualesquiera otras cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, prever a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral.” (Se destaca).

Así las cosas, el ICBF al advertir la existencia de un estado de peligro o de abandono de un menor asume el deber de garantía frente a la protección de la vida e integridad física del niño o niña respectivo, para lo cual se deben adoptar las medidas de protección idóneas que garanticen la salvaguarda de los derechos fundamentales del menor bajo circunstancia de amenaza. Como se aprecia, una de los instrumentos de protección regulados por el Código del Menor era el de ordenar la atención integral en un centro de protección especial.

En consecuencia, el objetivo y finalidad de la medida de protección no es otro que el de superar la condición de peligro o de riesgo que penda sobre el menor, es decir que sólo resulta procedente revocar o modificar el instrumento cautelar una vez se hubiere constatado que las condiciones resultan óptimas e idóneas para que el niño o niña pueda retornar a su medio familiar y social.

Una de las formas de ubicación familiar en Colombia consistía en entregar el menor bajo la modalidad de “hogar biológico”, medida que en la actualidad se denomina “hogar gestor”.

En relación con los lineamientos de los hogares biológicos, la Corte Constitucional puntualizó⁴:

“Así, la necesidad de brindar una respuesta adecuada a la realidad de las familias que acudían al ICBF para solicitar apoyo para la atención de menores con discapacidad, o en otras condiciones de peligro o amenaza no originadas en el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los adultos responsables, llevó a la entidad a adaptar las normas que regulaban las medidas de protección para menores en situación de peligro y a diseñar el programa de hogares biológicos.

“(…) Observa la Sala que en el caso de menores con discapacidad en familias que enfrentan condiciones de extrema pobreza, no se trata, ya, de atender a un menor en una situación de peligro originada en quien está a cargo de su cuidado o que se encuentra en condición de abandono, que eran los presupuestos de las medidas de protección previstas en la ley, sino de menores que están integrados a su grupo familiar, el cual les brinda apoyo y soporte, pero que por sus condiciones particulares, se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad.

“El hogar biológico surgió, entonces, como una medida de apoyo con dos componentes básicos: situación de peligro derivada de la incapacidad y la pobreza, y la pretensión de mantener al menor en su hogar de origen, para lo cual se brinda un subsidio en dinero para la atención de las necesidades del menor, y apoyo y acompañamiento en rehabilitación, nutrición y salud. Ese programa se caracterizó por su carácter eminentemente temporal, orientado a brindar apoyo a la familia para que pueda, en un cierto lapso, asumir de mejor manera el compromiso y la responsabilidad por el cuidado del menor. No se orienta a hacer frente a la condición clínica del menor, que está a cargo del sistema general de salud, sino a brindar un apoyo a la familia, en atención a sus condiciones de vulnerabilidad, con el objetivo de contribuir a mitigar esas condiciones de manera que, cumplido el periodo previsto para la

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-608 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

medida de protección, la familia esté en mejores condiciones para hacerse cargo de las necesidades del menor.

“La práctica administrativa que dio lugar a esta respuesta para la atención de los problemas de los menores discapacitados en hogares altamente vulnerables, fue incorporada por el ICBF a partir del año 2006, en la modalidad de hogares gestores.⁵

“Sobre el particular el ICBF señala que la modalidad de Hogar Gestor, con previsiones expresas para menores sin discapacidad y para menores con discapacidad, surgió en el año 2006, por la transformación o fusión de la modalidad Hogar Biológico y Subsidio Condicionado, dada la similitud de objetivos y acciones, y como una forma de promover la permanencia de los niños, niñas y adolescentes con sus familias de origen. Dentro de esa filosofía se dispuso el apoyo y fortalecimiento a la familia para la superación de las condiciones de vulnerabilidad que dan lugar a la medida de protección. Agrega el ICBF que el propósito de esta modalidad ha sido incidir en el fortalecimiento de los factores protectores, la reducción de factores de riesgo, el mejoramiento de las condiciones económicas y de vida, con el compromiso de la familia, la corresponsabilidad de la comunidad y de los agentes del SNBF para la inclusión de los niños, niñas y adolescentes en los servicios institucionales, sociales y comunitarios que garanticen el ejercicio pleno de sus derechos.

“(…) Como objetivo general de esa medida de protección se ha fijado el de brindar apoyo integral a las familias con niños, niñas y adolescentes, en precaria situación económica y social, que dificulte el ejercicio de los derechos, presente inobservancia, amenaza o vulneración a los mismos y como objetivos específicos (i) Promover la permanencia de los niños, niñas y adolescentes en sus grupos familiares de origen, evitando la institucionalización y ruptura de vínculos, (ii) Brindar apoyo económico transitorio, que permita mejorar las condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes para favorecer el ejercicio de los derechos, (iii) Promover la inclusión de los niños, niñas y adolescentes en los servicios institucionales, sociales y comunitarios de la localidad, que garanticen sus derechos, (iv) Fortalecer en la familia factores protectores para que cumplan con su función protectora, socializadora y de integración social.

“Destaca el ICBF que este tipo de medidas constituye un proceso de atención urgente de grupos poblacionales en situación crítica y que para ese fin el Estado destina una importante cantidad de recursos a atender a la población más vulnerable en situación crítica, pero pone de presente que si bien ese enfoque ha tenido desarrollos exitosos, por su misma esencia, se manifiesta en medidas de corto plazo que suponen una superación más o menos rápida de la situación de crisis, lo cual no es siempre congruente con la realidad.

“(…)” (Negritas adicionales).

⁵ Documento ICBF No. LM09.PN13 Fecha de Expedición: Mayo 07 de 2007.

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 o a sus familiares durante la ejecución de una medida de protección. 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 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.”⁶

“.....
.....

“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

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 1998, exp. 11130, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

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 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 un nombre una función pública a favor de la niñez de escasos recursos, 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.”⁷

“.....
.....

“De conformidad con lo anterior, no hay duda que los citados menores sufrieron maltratos y abusos sexuales en el hogar sustituto al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, I.C.B.F., razón por la cual la entidad demandada deberá responder por los perjuicios que dicha situación les produjo a los demandantes.

“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

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 1993, exp. 8218, M.P. Julio César Uribe Acosta.

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*⁸ (se subraya).

“La Corte Constitucional, en reiterados pronunciamientos ha dejado claro que los niños son titulares de un derecho fundamental prevaleciente a tener una familia y no ser separados de ella; a su vez, la familia en tanto institución social básica es objeto de claras protecciones constitucionales, que impiden que las autoridades o los particulares intervengan en su fuero interno o perturben las relaciones que la conforman, sin que existan razones de peso previamente establecidas por el ordenamiento jurídico que así lo justifiquen, y únicamente de conformidad con el procedimiento establecido en la ley⁹.

"Volviendo al caso concreto, puede concluirse que los menores John Anderson y Paola Andrea González Henao fueron separados injustificadamente de su familia, y habida cuenta que está demostrado en el proceso que ellos fueron víctimas de abuso sexual y descuido en el hogar sustituto al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, I.C.B.F., lo cual evidencia que se configuró una falla en la prestación del servicio imputable a la entidad demandada, ésta será condenada al pago de los perjuicios que dicha situación les produjo a los demandantes.

“Hechas las anteriores precisiones, la Sala revocará la sentencia de 22 de julio de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.”¹⁰ (Subrayado del original).

Entonces, resulta perfectamente posible que en la concreción de las medidas de protección se generen daños antijurídicos que esté obligado el ICBF a resarcir, siempre que le sean imputables.

En el caso *sub examine*, existen suficientes elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que la entidad demandada está compelida a reparar la lesión antijurídica padecida por los demandantes.

En efecto, el daño antijurídico está constituido por el estado de desnutrición crónica con que entregó el ICBF al niño José Antonio Carballo Cabrera a su padre, bajo la modalidad de hogar biológico.

⁸ Corte Constitucional, T-1226124 de 23 de febrero de 2006; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ Corte Constitucional: T-752/98, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; SU-225/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; ST-510/03; M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, exp. 18195, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez.

Para la Sala el daño es causal y jurídicamente atribuible a la entidad demandada, por las siguientes razones:

- Porque si bien el ICBF no fue el que produjo el estado de desnutrición, pues era una condición física previa a la imposición de las medidas de protección - inclusive cuando el menor se encontraba bajo el cuidado de su padre en el año 1993- lo cierto es que la entidad pública sí estaba obligada a velar porque el niño José Antonio superara esa patología.

De las pruebas que se allegaron al proceso resulta que el ICBF intentó situar al menor en centros de atención especializada pero ante su agresividad y la falta de adaptación a esas instituciones decidió modificar la medida de protección por la del hogar biológico, cuando el informe social producido por funcionarios de la misma entidad demostraba que el padre no contaba con los recursos económicos y sociales para atender en debida forma al menor José Antonio, dadas sus condiciones físicas (desnutrición crónica) y psicológicas (retraso lingüístico y psicomotor).

- En ese orden de ideas, el ICBF incurrió en una falla del servicio al haber retornado a su entorno familiar al niño José Antonio Carballo Cabrera sin que previamente se hubiera estabilizado su condición física, pues el hecho de decretar la medida de hogar biológico y, por lo tanto, de entregar una subvención económica a favor de su padre no garantizaba que se superara el estado de riesgo, peligro o amenaza para sus derechos.

Así las cosas, le asiste razón al recurrente cuando señala que la falla del servicio o "culpa" -como la denomina- residió en que el ICBF no mejoró en modo alguno la condición del menor José Antonio Carballo Cabrera durante el período en que lo desarraigó de su núcleo familiar.

De igual forma, del acervo probatorio se tiene que el señor José Antonio Carballo Guamanga recibió a su hijo José Antonio y que éste falleció encontrándose vinculado a su familia bajo la medida de protección de hogar biológico; no obstante, no acreditó que su deceso se hubiere producido por descuido de su padre o en virtud del proceso de desnutrición avanzado, razón por la cual no es posible aceptar los argumentos de defensa que están encaminados a radicar

exclusivamente en cabeza del demandante el estado físico del menor y su posterior fallecimiento.

- Asimismo, advierte la Sala que luego de que el ICBF impuso al niño un desarraigo que comprendió su estadía en las ciudades de Bogotá, Garzón y Pitalito, optó por modificar el instrumento de protección y retornar al menor en el año 1994 en las mismas o peores condiciones en las cuales fue retirado de su hogar, sin que se evidenciara mejoría alguna en su estado físico y psicológico.

- De allí que el estado de desnutrición crónica, sin importar que fuera preexistente a la medida de protección inicial decretada en el año 1993, resulta imputable a la entidad demandada porque al constatar el estado de peligro decidió situar al menor en un centro de atención especializada, medida que debió ser efectivamente cumplida no obstante las dificultades expuestas por el Director Científico del Hogar del Niño Especial, pues constituía un deber constitucional y legal para el ICBF brindar y agotar todos los medios e instrumentos necesarios para garantizar el tratamiento idóneo del niño José Antonio Carballo.

Para la Sala los instrumentos probatorios que integran el plenario resultan demostrativos de la incontestable falla del servicio en que incurrió la entidad demandada, toda vez que en modo alguno cumplió con la exigencia Constitucional de proteger la vida, la salud y la integridad de José Antonio; *contrario sensu*, por cuenta de las medidas de protección adoptadas se apartó a éste de su padre y se le infligieron restricciones que lejos de asemejarse a un tratamiento idóneo para restablecer su padecimiento físico y psicológico, agravaron su condición, lo cual permite develar que el procedimiento administrativo de José Antonio se convirtió en una controversia entre funcionarios públicos e instituciones de atención, por establecer quién tenía la competencia para asumir la problemática del citado menor y, por lo tanto, qué Centro Zonal del ICBF estaba a cargo de la definición de su situación.

La anterior panorámica no deja de causar asombro a la Sala, puesto que llaman poderosamente la atención hechos como los que se juzgan, comoquiera que la entidad que tiene a su cargo la protección integral de la infancia y la adolescencia somete a un niño –que ha sido maltratado por su padrastro con la presunta

anuencia de su madre¹¹, y cuyo padre no cuenta con los recursos necesarios para brindarle un adecuado e idóneo sostenimiento— a un éxodo lejos de su único ser querido, es decir su padre, durante casi un año, para con posterioridad retornarlo en similares o peores condiciones a las que lo retiró de su núcleo familiar.

Una situación como la advertida subvierte, sin anfibología alguna, el orden constitucional y deja convertido en letra muerta ese amplio catálogo de garantías referidas en esta providencia.

Por otro lado y sin perjuicio de las anteriores consideraciones respecto de la declaratoria de responsabilidad del ente público demandado, para la Sala no puede pasar desapercibida la actitud indolente, indiferente y negligente —por decir lo menos—, asumida por el señor José Antonio Carballo Guamanga respecto de su propio hijo, pues tal y como afirmó la misma parte actora en el acápite de hechos de la demanda, cuando el ICBF hizo la entrega del menor al padre, éste “*se niega a recibir a su hijo*” y, posteriormente, renunció a la designación en el cargo de “*madre sustituta*”, pese a que en virtud de dicha institución el Estado, a través del ICBF, solventa o subsidia las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual del niño¹², razón por la cual no puede ser de recibo el argumento consistente en que el padre del menor no contaba con los recursos mínimos para proveer los cuidados que su hijo menor requería, puesto que —se insiste—, el propio Estado suministra lo necesario para sufragar tales gastos a las madres o a los hogares sustitutos.

Además, de los medios probatorios allegados no se vislumbra una actitud del padre, señor Antonio Carballo Guamanga, tendiente a obtener o recuperar el cuidado y/o protección de su hijo, máxime si era su única familia, pues de su madre “*se desconocen los datos sobre las condiciones actuales*”, lo cual lleva a la Sala a concluir acerca del abandono del menor por parte de su padre, circunstancia que impide reconocer indemnización alguna en su favor, pues resulta contradictorio que el aludido actor cuando pudo asistir a su hijo no lo hizo y

¹¹ “Las personas mayores nunca son capaces de comprender las cosas por sí mismas, y es muy aburrido para los niños tener que darles una y otra vez explicaciones.” Extracto de “El Principito” de Antoine de Saint Exupéry.

¹² Al respecto, el párrafo 1º, del artículo 1 de la Ley 88 de 1989, establece que “*Se entiende por Hogares Comunitarios de Bienestar, aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país*”.

ahora pretenda obtener un beneficio económico a causa del padecimiento de aquél.

Es más, en una perspectiva legal diferente, que la Sala invoca a título puramente ilustrativo pero sin entrar a aplicar el artículo 1025 del Código Civil por ocuparse de una materia ajena al estudio que ahora se decide por vía de apelación, se encuentra que la conducta del padre consistente en negarse a recibir a su hijo cuando el ICBF lo entregó para que se hiciera cargo en calidad de hogar comunitario, bien podría enmarcar en aquella situación fáctica que para cuestiones de índole sucesoral debe tenerse como constitutiva de indignidad de conformidad con los términos del numeral 3 de la norma legal en cita, a cuyo tenor:

“Artículo 1025.- Son indignos de suceder al difunto como heredero o legatarios:

“.....

“3o) El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo”.

Y ocurre que acerca de las causales de indignidad para suceder, la Corte Constitucional ha precisado que,

*“... se encuentran expresamente establecidas en el 1025 del Código Civil y a quien en ellas incurre, el legislador le impone como sanción por faltar a los deberes con el causante la privación de la asignación a que tenía derecho conforme a la ley o a la asignación con la cual se le había beneficiado por el testador. Tal sucede, por ejemplo con el que ha cometido “el crimen de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este crimen por obra o consejo o la dejó perecer pudiendo salvarla;” e igual con el que atenta de manera grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata o de su cónyuge o de sus ascendientes o descendientes, declarada esa conducta por sentencia ejecutoriada; o, **cuando no se socorrió al testador pudiendo y necesitando este socorro**; y, de igual manera cuando por fuerza o dolo se obtiene una determinada disposición testamentaria o se le impide testar, o cuando se oculta el testamento del difunto”¹³ (Se resalta).*

Lo expuesto resulta suficiente para que la Sala revoque la decisión apelada y, en su lugar, acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda de conformidad con el acápite de indemnización de perjuicios que se estudia a continuación.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-30 del 27 de mayo de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

2.3.- Indemnización de perjuicios.

2.3.1. Perjuicios materiales.

Dado que no se acreditó la configuración de este tipo de perjuicios, aunado al hecho de que el niño José Antonio Carballo Cabrera falleció en noviembre de 1994, la Sala negará la indemnización reclamada por este concepto.

En efecto, la Sala en pronunciamiento reciente con un razonamiento que, *mutatis mutandi*, resulta aplicable al asunto concreto, precisó:

“3.12. En cuanto se refiere a la indemnización de perjuicios decretada por el fallador en primera instancia, la Sala, de oficio, reliquidará las sumas otorgadas por el *a quo*, como quiera que en aplicación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 305 del C.P.C.¹⁴, en la sentencia el juez deberá tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio; en consecuencia, y como quiera que la propia parte actora allegó el certificado de defunción de la menor Tatiana Andrea, se impone por lo tanto verificar los supuestos fácticos utilizados para establecer las sumas correspondientes a título de lucro cesante determinadas a favor de Ana Milady Villamizar y las correspondientes a Tatiana Andrea.

“Como corolario de lo anterior, la Sala modificará la decisión apelada en cuanto se refiere a los parámetros de liquidación de los perjuicios materiales, toda vez que es un hecho cierto e indiscutible que puede ser declarado de oficio, la muerte de la niña Tatiana Andrea Galvis Villamizar, tal y como se viene de explicar.

“(…) Ahora bien, para la Sala, de conformidad con la prueba aportada por los propios demandantes, relativa al registro civil de defunción de la menor Tatiana Andrea Galvis Villamizar, evidencia la misma, la inexistencia del señalado perjuicio, en tanto aquélla, al haber fallecido, no lo sufrió, como quiera que nunca llegó a cumplir la mayoría de edad, fecha a partir de la cual se debería liquidar, esto es, no se consolidó como probabilidad liquidable, motivo por el cual, una vez se tiene certeza sobre su muerte, es un deber del juez ceñirse a los hechos que aparecen acreditados, so pena de fallar sobre bases que desconocen la verdad material¹⁵.

¹⁴ “(…) En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.”

¹⁵ Sobre el particular, la doctrina, con especial razonamiento, ha precisado: “Entiéndese por verdad procesal la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos... Significa este principio que para el juez lo importante y único es la verdad procesal, que su decisión tendrá que ceñirse a ella y que entonces será recta y legal, aunque en ocasiones la realidad sea diferente.” DEVIS Echandía, Devis “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, Buenos Aires, Pág. 59.

“Si en verdad, como decíamos, no es posible evitar totalmente el error judicial, por ser el hombre por naturaleza falible y en ocasiones las circunstancias aparentes enmascarar la realidad de tal forma que puedan

“En ese orden de ideas, habrá que revocar la decisión apelada en este aspecto, ya que es un hecho cierto e indiscutible la muerte de Tatiana Andrea, circunstancia por la cual, el juez de oficio, debe proceder a declararlo y, en esas condiciones, no resulta jurídicamente viable conceder una pretensión que si bien en un principio tenía un fundamento fáctico, en la actualidad carece del mismo, más aún si se tiene en cuenta que fue la propia parte actora quien puso de presente este hecho ante el fallador de segunda instancia.”¹⁶

En consecuencia, no se accederá a la condena deprecada por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

2.3.2. Perjuicios morales.

De conformidad con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado 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 perjuicio moral ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquel se presente en su mayor grado de intensidad¹⁷.

Así las cosas, habrá lugar a reconocer, a título de daño moral, a favor del menor José Antonio Carballo Cabrera (q.e.p.d.), la cantidad equivalente en pesos a 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las sumas concedidas a favor del niño José Antonio Cabrera serán reconocidas directamente a la masa sucesoral de éste, toda vez que dentro del proceso se constató la ocurrencia de su fallecimiento y, de otro lado, no se tramitó la sucesión procesal en los términos del artículo 60 del C. de P. C.

2.4.- Medidas de justicia restaurativa.

inducir incluso racionalmente a un juicio inexacto, sí lo es reducir tal anomalía a aquellos casos excepcionales humanamente inevitables, procediendo con rigor crítico en la valoración de las pruebas fundamentales del fallo, que constituye el momento trascendental y decisivo del enjuiciamiento.” FLORIOT, René “Los errores judiciales”, Ed. Noguer, Barcelona, 1972, Pág. X – correspondiente al prólogo de Octavio Pérez – Vitoria Moreno.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2007, expediente No. 30871, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646. M.P. Alier E. Hernández Henríquez.

En el caso concreto, la Sala advierte que se transgredió la dimensión objetiva de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad del menor José Antonio Carballo Cabrera, toda vez que con el comportamiento del ICBF no sólo no se superó el estado de peligro y abandono en que se encontraba aquél, sino que, por el contrario, se generó más trauma al menor, quien, al final, retornó con su padre en idénticas o peores condiciones de las que fue extraído con fundamento en la medida de protección.

En consecuencia, la actitud del ICBF desconoció la protección constitucional especial y reforzada que cobija a los niños y niñas de país, máxime si José Antonio contaba con una doble garantía constitucional en virtud de su condición de niño y de discapacitado.

En efecto, 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 Sala ha discurrido sobre el particular, así¹⁸:

“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 reestablecido 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.

“Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente No. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado.

“(…) 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 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.”

Como se aprecia, en el caso concreto se desconoció la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad del niño José Antonio Carballo Cabrera, pues la medida de protección, instrumento en principio idóneo para garantizarle de sus derechos fundamentales se tornó inocua en virtud del comportamiento de la entidad demandada que lejos de asumir una posición dinámica y activa para procurar de manera efectiva la recuperación del menor optó por devolverlo al lado de su padre en las mismas condiciones de desnutrición avanzada y crónica que las iniciales al momento de decretar el estado de abandono y peligro del menor.

Por lo tanto, con fundamento en el principio de reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998), la Sala decretará las siguientes medidas de justicia restaurativa, con miras a restablecer la dimensión objetiva del núcleo de los derechos fundamentales transgredidos:

- Como medida de no repetición¹⁹, el Director o Directora General a nivel nacional del ICBF deberá diseñar, promover e iniciar un programa de formación y/o capacitación dirigido a los funcionarios de esa entidad con el nombre del niño “José Antonio Carballo Cabrera”, el cual deberá incluir un análisis de la jurisprudencia que en materia de derechos del niño ha desarrollado el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el propósito de que se instruya acerca de las consecuencias, responsabilidades y sanciones que para el Estado Colombiano representan y/o generan conductas o actuaciones como las que dieron lugar a la formulación de la demanda con que se inició el proceso citado en la referencia, para evitar que esa clase de acciones vuelva a repetirse.

- Asimismo, como garantía de no repetición, el Director o Directora General del ICBF remitirá a todos los Centros Regionales de esa entidad en el país, copia íntegra de esta providencia para que sea difundida entre los Defensores de Familia.

- De igual forma, como medida de satisfacción se publicará copia de esta providencia en las carteleras públicas o informativas de los Centros Zonales del ICBF en el Departamento del Huila, por el término de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

¹⁹ 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 obligaciones de garantizar los derechos contenidas 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.

- 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 al Tribunal Administrativo del Huila, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

2.5. Costas.

Habida cuenta de que para el momento en que se dicta 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 hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA:

PRIMERO. REVÓCASE la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, el 30 de noviembre de 2000.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, **DECLÁRASE** administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF–, de los perjuicios ocasionados por razón del estado de desnutrición del menor José Antonio Carballo Cabrera.

TERCERO. CONDÉNASE al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–al pago de perjuicios morales, a favor del menor José Antonio Carballo Cabrera (q.e.p.d.), la cantidad equivalente en pesos a 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO. Debido a que en el transcurso del proceso se produjo el deceso del niño José Antonio Carballo Cabrera, las sumas decretadas a su favor serán reconocidas y entregadas a la masa sucesoral respectiva.

QUINTO. Decrétanse como medidas de justicia restaurativa, las siguientes:

- Como medida de no repetición, el Director o Directora General a nivel nacional del ICBF deberá diseñar, promover e iniciar un programa de formación y/o capacitación dirigido a los funcionarios de esa entidad con el nombre del niño “José Antonio Carballo Cabrera”, el cual deberá incluir un análisis de la jurisprudencia que en materia de derechos del niño ha desarrollado el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el propósito de que se instruya acerca de las consecuencias, responsabilidades y sanciones que para el Estado Colombiano representan y/o generan conductas o actuaciones como las que dieron lugar a la formulación de la demanda con que se inició el proceso citado en la referencia, para evitar que esa clase de acciones vuelva a repetirse.

- Asimismo, como garantía de no repetición, el Director o Directora General del ICBF remitirá a todos los Centros Regionales de esa entidad en el país, copia íntegra de esta providencia para que sea difundida entre los Defensores de Familia.

- Se publicará copia de esta providencia en las carteleras públicas o informativas de los Centros Zonales del ICBF en el Departamento del Huila, por el término de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

- 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 al Tribunal Administrativo del Huila dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

SEXTO. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO. Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

OCTAVO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ

HERNAN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ