

PRUEBA - Valoración / COPIA SIMPLE - Valoración / COPIA SIMPLE - Valor probatorio / VALORIA COPIA SIMPLE - Obrante a lo largo del proceso / PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Aplicación / PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN - Cumplimiento / PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN - Reiteración jurisprudencial

La entidad demandada allegó en copia simple varios de los documentos que integraron el expediente administrativo de protección a favor del menor Sebastián Rojo Jiménez, medios de convicción que serán valorados en esta instancia por las siguientes razones: i) porque son documentos cuyos originales se encuentran en poder del ICBF –concretamente en sus archivos–, ii) fueron aportados por el propio instituto, razón adicional para reconocerles valor probatorio, y iii) en los términos de esta Subsección, es procedente apreciar las copias simples siempre y cuando hayan obrado a lo largo del plenario, conforme al principio constitucional de buena fe, puesto que han estado sometidas al principio de contradicción, por las partes.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 7 de marzo de 2011, expediente número 20171, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Naturaleza / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Regulación normativa / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Hogares comunitarios / CONTRATO DE APORTES - Finalidad

En Colombia desde la ley 7 de 1979, se estableció el Sistema de Bienestar Familiar entendido como un servicio público a cargo del Estado, dirigido 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. En ese ordenamiento, 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. De otro lado, es posible que el ICBF celebre o suscriba una clase de negocio jurídico especial con particulares –fundamentalmente con asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro o con personas de elevada solvencia moral– denominado contrato de aportes, con la finalidad de que esos sujetos privados de manera armónica con el Estado, colaboren en la prestación del servicio de Bienestar Familiar.

FUENTE FORMAL: LEY 7 DE 1979 - ARTICULO 12. NUMERAL 9

CONTRATO ESTATAL - Contrato de aportes / CONTRATO DE APORTES - Normatividad / CONTRATO DE APORTES - Naturaleza / CONTRATO DE APORTES - Contenido / CONTRATO DE APORTES - Finalidad / CONTRATO DE APORTES - Reiteración jurisprudencial / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Hogares comunitarios / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Contrato de aportes

Esta Sala ha tenido oportunidad de analizar la naturaleza, contenido y alcance del contrato estatal de aportes, en los siguientes términos: (...) Es factible que entre la administración de un hogar comunitario y el ICBF medie un contrato estatal de aportes, sin que esta circunstancia mute o transforme el servicio que se presta, es decir, el público y esencial de bienestar familiar encaminado a la protección

específica de la niñez colombiana y, de manera concreta, a la protección y efectividad de los derechos contenidos en el artículo 44 de la Carta Política, tanto así que el párrafo 2º del artículo 1º de la ley 89 de 1988, precisó de forma enfática que: “El incremento de los recursos que establece esta Ley se dedicará exclusivamente a dar continuidad, desarrollo y cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país. 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.”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 44 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 / / LEY 89 DE 1988 - ARTICULO 1. PARAGRAFO / DECRETO 2388 DE 1979 - ARTICULO 23

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, consultar sentencia de 11 de agosto de 2010, expediente número 16941, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Hogares comunitarios / HOGARES COMUNITARIOS - Finalidad

En esa perspectiva, los hogares comunitarios están constituidos con el aval, intervención y supervisión del ICBF, y tienen como finalidad la atención de necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños y niñas de estratos sociales menos favorecidos. En consecuencia, bajo la mencionada figura se acerca a las familias y vecinos de una determinada zona, para que con el apoyo del ICBF, se vinculen al Sistema de Bienestar Familiar y, por lo tanto, promuevan la protección y efectividad de los derechos fundamentales de los niños y niñas que requieran servicios de nutrición, salud y protección.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Hogares comunitarios / HOGARES COMUNITARIOS - Normatividad / HOGARES COMUNITARIOS - Lineamientos técnicos y administrativos / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Conexión con los hogares comunitarios / HOGARES COMUNITARIOS - Dependencia administrativa, operacional y financieramente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Reiteración jurisprudencial

La constitución y funcionamiento de los hogares comunitarios se encuentran reglamentados en el Decreto 1340 de 1995 (...) Así mismo, en el Acuerdo No. 21 de 1996, de la Junta Directiva de Bienestar Familiar, se fijaron los lineamientos técnicos y administrativos de los hogares comunitarios (...) el ICBF no sólo establece los parámetros administrativos, operativos y financieros de los hogares comunitarios, sino que tiene la potestad de ordenar su cierre, conforme a los criterios delineados en el Acuerdo 50 de 1996 (...) Conforme a la citada normativa resulta incuestionable que al margen de la existencia de personería jurídica, autonomía administrativa, operacional y financiera de los entes encargados de la administración de los hogares comunitarios, el ICBF se encuentra vinculado con su funcionamiento y supervisión, al grado tal que es el encargado de autorizar su creación, ejerce el respectivo control e inspección sobre los mismos, e incluso puede llegar a ordenar su cierre cuando concurren circunstancias que den lugar a ello. Por lo tanto, no son de recibo los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la impugnación, como quiera que están orientados a

desconocer la íntima o estrecha conexión que ejerce el establecimiento público demandado frente a los hogares comunitarios, máxime si éstos se integran al servicio público del Sistema de Bienestar Familiar que se encuentra principalmente a cargo de esa entidad, y que propende por la promoción y protección de las garantías esenciales de los niños y niñas del país. En consecuencia, si bien el programa de hogares comunitarios es ejecutado de manera directa por la comunidad en la cual se localiza aquél, no es posible desconocer la labor que ejerce el ICBF en la creación, apoyo, supervisión y control sobre esos centros de atención básica de la niñez. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, al precisar en situaciones similares a las que acá se juzgan. (...) Así mismo, la Sala se ha ocupado de eventos en los que se juzga la responsabilidad del ICBF por la afectación a la integridad psicofísica –y de manera concreta la integridad sexual– de niños ubicados en hogares sustitutos en cumplimiento de una medida de protección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1340 DE 1995 / JUNTA DIRECTIVA DE BIENESTAR FAMILIAR. ACUERDO 21 DE 1996 / ACUERDO 50 DE 1996

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar Corte Constitucional, sentencia T-1226124 de 23 de febrero de 2006, Magistrado Ponente doctor Marco Gerardo Monroy Cabra. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 1998, expediente número 11130, Consejero Ponente doctor Juan de Dios Montes Hernández y sentencia de 13 de diciembre de 1993, expediente número 8218, Consejero Ponente doctor Julio César Uribe Acosta

INSTITUTUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Hogares comunitarios / INSTITUTUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Legitimación en la causa por pasiva

Como se aprecia, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada al señalar que es posible imputar daños ocurridos al interior de hogares comunitarios –inclusive los desencadenados directamente por la acción u omisión de la madre comunitaria– al ICBF, puesto que el establecimiento público no se desprende de la dirección, control y vigilancia del servicio público que en esos centros de atención se presta a la niñez, circunstancia suficiente para decidir de manera desfavorable el argumento de defensa relacionado con la autonomía financiera, operacional y administrativa de aquéllos. Por lo tanto, mal hace la institución demandada, dada la relevancia del servicio público que se presta en los hogares comunitarios, en invocar de manera velada una falta de legitimación en la causa por pasiva cuando la ley, la jurisprudencia y toda la actuación administrativa que reposa en el proceso apuntan a demostrar lo contrario, esto es, que el ICBF es el primer llamado a afrontar si de los supuestos fácticos que se juzguen, en cada caso concreto, se genera responsabilidad patrimonial por la existencia de un daño antijurídico que le sea imputable.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Madres comunitarias / MADRES COMUNITARIAS - Naturaleza

Las madres comunitarias no tienen ningún tipo de vínculo legal o contractual laboral con el instituto demandado, no puede desconocerse que son agentes privados en ejercicio de un servicio público en principio a cargo del Estado, en el que éste ejerce una exigente y permanente inspección sobre las condiciones de seguridad y protección en que se hallan los niños o niñas que reciben la atención en los hogares comunitarios, en aras de materializar las garantías esenciales contenidas en el artículo 44 superior.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 44

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Daño antijurídico / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Lesión cerebral producida a niño de dos años / DAÑO ANTIJURIDICO - Lesión cerebral producida a niño de dos años / LESION - Se encuentra establecida / DAÑO ANTIJURIDICO - Acreditación

El daño antijurídico está probado pues existe una lesión a la integridad psicofísica de Sebastián (demandante principal) que repercute en la afectación de varios derechos fundamentales, patrimoniales e inmateriales de los cuales es titular, y una afrenta a la órbita subjetiva o emocional de su progenitora y hermanas, quienes no sólo han sufrido por la condición en que éste se encuentra, sino que además se han vinculado –particularmente la madre– de manera activa a su rehabilitación (...). En ese contexto, la lesión se tiene por establecida, así como su carácter personal, cierto y antijurídico, pues tanto Sebastián como su madre y hermanas no estaban en la obligación de soportar las consecuencias negativas que se desprenden de las graves afectaciones psicofísicas que padece aquél, en virtud del desafortunado suceso ocurrido dentro del hogar comunitario denominado “La Campanita”.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Lesión cerebral producida a niño de dos años / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD - Título de imputación subjetivo - TITULO DE IMPUTACION - Falla del servicio / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD - Objetivo / TITULO OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD DE DAÑO ESPECIAL - Circunstancias

Si bien la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que controversias de esta naturaleza se rigen por el título de imputación subjetivo de falla del servicio, es lo cierto que el régimen de responsabilidad llamado a regular situaciones de este matiz es el objetivo, como quiera que la administración pública no puede exonerarse con la sola acreditación de un comportamiento diligente y cuidadoso. En efecto, en supuestos de esta especificidad existen dos circunstancias que hacen aplicable el título objetivo de responsabilidad de daño especial: i) la naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y ii) la finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Lesión cerebral producida a niño de dos años / DERECHO DE DAÑOS - Daño especial / DAÑO ESPECIAL - Concepto / CARGAS PUBLICAS - Rompimiento / DAÑO - Menor de edad / RESPONSABILIDAD - Objetiva / CENTROS DE REHABILITACION O RESOCIALIZACION - Responsabilidad Objetiva / RESPONSABILIDAD OBJETIVA - Reiteración jurisprudencial / FALLA DEL SERVICIO - No existió / DAÑO ANTIJURIDICO - Imputable a la entidad demandada

Es precisamente esa disposición la que se incorpora al derecho de daños para darle un específico contenido y alcance al servicio de bienestar social, razón por la que cualquier daño irrogado a niños o niñas cuando están bajo la custodia de ese servicio público esencial es imputable, prima facie, bajo los postulados del daño especial, esto es, una lesión anormal y particular producida durante el ejercicio de una actividad legítima de la administración pública o de un particular en ejercicio

de funciones públicas que rompe el principio de las cargas públicas. Así lo sostuvo de manera reciente esta Subsección al precisar que la responsabilidad por los daños padecidos por menores en centros de rehabilitación o resocialización era objetiva (...) La anterior perspectiva se refuerza aún más en el caso concreto, pues del acervo probatorio no se desprende la existencia de una falla del servicio a cargo del ICBF, menos en relación con el deber de control y vigilancia que ejerce sobre los hogares comunitarios, como quiera que no se acreditó la forma en que llegó el objeto extraño a las manos del menor lesionado y ni siquiera la naturaleza o material del mismo. En consecuencia, la lesión antijurídica deviene imputable a la entidad demandada porque en ejercicio de una actividad legítima y lícita se irrogó un daño especial y anormal que, se itera, desborda la igualdad ante las cargas públicas.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema responsabilidad objetiva por daños padecidos por menores en centros de rehabilitación o resocialización, consultar sentencia de 7 de febrero de 2011, expediente número 38382, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero

DAÑO ESPECIAL - Configuración / TITULO JURIDICO DE IMPUTACION - Daño especial / DAÑO ESPECIAL TITULO JURIDICO DE IMPUTACION - Reiteración jurisprudencial / MUTATIS MUTANDIS - Reiteración jurisprudencial / DAÑO ESPECIAL - Fundamentación

Frente al daño especial como título objetivo de imputación, mutatis mutandis, la Sala ha discurrido (...) Tratándose del daño especial su fundamento se halla en los principios constitucionales de dignidad humana, solidaridad y equidad, por cuanto es un título jurídico de imputación que permite, en sede del derecho de daños y con apoyo en criterios de la justicia correctiva, remover los efectos nocivos de un daño que es antijurídico en virtud del anormal y especial rompimiento de las cargas públicas a las que se encuentran sometidos los asociados en un Estado Social de Derecho.

NOTA DE RELATORIA: En relación al daño especial como título objetivo de imputación, ver sentencia de 3 de mayo de 2007, expediente número 16696, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Lesión cerebral producida a niño de dos años / FALLA DEL SERVICIO - No se configuró / DAÑO ESPECIAL - Configuración / TITULO DE IMPUTACION DEL DAÑO ESPECIAL - Basado en los postulados de solidaridad y equidad

Y si bien existe toda una normativa –que fue transcrita y analizada– que determina un deber de vigilancia y control por parte del ICBF sobre los hogares comunitarios e infantiles, ello no significa que en el asunto sub examine el daño le sea imputable bajo la égida de la falla del servicio por el desconocimiento de esos preceptos; por el contrario, todas esas disposiciones permiten establecer la existencia de legitimación en la causa por pasiva a cargo del instituto demandado, pero no vinculan la lesión antijurídica con el comportamiento de aquél, pues no se acreditaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se introdujo el cuerpo extraño –de plástico o de caucho– al hogar comunitario, ni la forma como llegó a las manos del infante, razón por la cual no resulta posible estructurar una falla del servicio a cargo del demandado a diferencia de lo sostenido por el a quo. En esa perspectiva, el daño es imputable al ICBF porque encontrándose a cargo del servicio público de bienestar social se irrogó una lesión a partir de la prestación de esa actividad de protección; afectación que es anormal y especial

respecto a los demandantes y que resquebraja el principio de igualdad ante las cargas públicas, sin que en la configuración de la atribución del daño importe que el hogar comunitario estuviere administrado por un particular porque, se insiste, la responsabilidad de la administración pública amén de ser directa está relacionada en el caso concreto con la prestación de un servicio público que se encuentra a cargo del Estado, y en cuyo desarrollo se pueden generar o desencadenar afectaciones que rompan la igualdad respecto de las cargas públicas. Así las cosas, los daños padecidos por Sebastián, su madre y hermanas son imputables al ICBF porque en medio de la prestación de un servicio de carácter público de protección especial a la niñez se produjo una lesión antijurídica, especial y anormal para los demandantes que rompe o resquebraja las cargas públicas a las que se encontraban sometidos y, por lo tanto, imponer a la familia Rojo Jiménez el deber de soportarla supondría desconocer los postulados de solidaridad y equidad sobre los que se basamenta el título de imputación del daño especial.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Lesión cerebral producida a niño de dos años / PERJUICIOS - Reliquidación / PERJUICIOS - Actualización / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Entidad demandada apelante único / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Aplicación en condena patrimonial / PRINCIPIO DE LA REFORMATIO IN PEJUS - Justicia restaurativa / JUSTICIA RESTAURATIVA - Aplicación del principio de la no reformatio in pejus. Excepción

En atención a que la sentencia sólo fue impugnada por la entidad demandada, no se hará más gravosa la situación del apelante único en virtud del principio constitucional de la no reformatio in pejus, el cual tiene aplicación en cuanto se refiere al ámbito indemnizatorio del daño, según los lineamientos trazados por esta Corporación. Así las cosas, es posible que el Juez de lo Contencioso Administrativo en aras de la reparación integral del daño antijurídico causado adopte todas las medidas de justicia restaurativa para obtener el resarcimiento pleno de la lesión, incluso cuando existe apelación única por el demandado, salvo en cuanto se refiere a la condena patrimonial en contra de éste, pues sobre ese específico ítem de la reparación integral rige el principio constitucional de la no reformatio in pejus. De allí que la Sala cuente con competencia para acoger cualquier tipo de medidas de justicia restaurativa en aquellos casos en los que se establezca que el daño desborda el marco eminentemente indemnizatorio y, por lo tanto, se imponga la adopción de medidas de satisfacción, rehabilitación o de garantías de no repetición. Entonces, se actualizarán las sumas contenidas en la decisión de primera instancia otorgadas a título de indemnización del daño material y moral, para que reflejen la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, toda vez que si bien el a quo aplicó el criterio de los SMMLV a la hora de liquidar estos últimos perjuicios, lo cierto es que en la sentencia los expresó en pesos

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Lesión cerebral producida a niño de dos años / JUSTICIA RESTAURATIVA - Medidas de satisfacción / MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Por vulneración de derechos fundamentales de menor de edad / JUSTICIA RESTAURATIVA - Reiteración jurisprudencial / JUSTICIA RESTAURATIVA - Precedente jurisprudencial

Se advierte que en el caso concreto el daño ha tenido una evidente significación en la esfera de los derechos fundamentales del niño Sebastián Rojo Jiménez, razón por la que se impone la adopción de medidas de justicia restaurativa que restablezcan el núcleo de las garantías esenciales a favor de aquél, así como la dimensión objetiva del derecho fundamental a la integridad psicofísica de los

niños y niñas en Colombia. Sobre el particular, la Sala reitera su jurisprudencia contenida en una reciente providencia en la que se puntualizó (...) Por lo tanto, conforme al precedente, y una vez constatada la gravedad de la lesión de los derechos a la salud y a la integridad psicofísica en los ámbitos subjetivo y objetivo, se adoptarán las siguientes medidas de justicia restaurativa que deberán ser ejecutadas por el ICBF.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema adopción medidas de satisfacción y de justicia restaurativa consultar Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Mapiripán, supra nota 21, párr. 214; Caso de la Masacre de la Rochela, supra nota 21, párr. 219 a 222; Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 202 y 203. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2009, expediente número 17994, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero y sentencia de 19 de agosto 2009, expediente número 18364, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01546-02(36912)

Actor: MARIA RUTH ROJO JIMENEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIA -ICBF-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

De conformidad con el auto de prelación del 25 de noviembre de 2009 (fl. 299 cdno. ppal. 2ª instancia), resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia del 5 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se decidió lo siguiente:

“PRIMERO: Declárese al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF– responsable del daño que padeció el menor Sebastián Rojo Jiménez en el hogar infantil de esta institución el día 21 de febrero de 2000.

“SEGUNDO: Condénese al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF– a pagar a la señora MARÍA RUTH ROJO JIMÉNEZ por concepto de perjuicios morales la suma de cuarenta y seis millones ciento cincuenta mil pesos (\$46.150.000,00).

“TERCERO: Condénese al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF– a pagar al menor SEBASTIÁN ROJO JIMÉNEZ, representado por la señora MARÍA RUTH ROJO JIMÉNEZ la suma de cuarenta y seis millones ciento cincuenta mil pesos (\$46.150.000,00) por concepto de perjuicios morales.

“CUARTO: Condénese al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF– a pagar a las menores JENNYFFER CRISTINA ROJO JIMÉNEZ y MARÍA LISETH BUITRAGO ROJO, representadas por la señora MARÍA RUTH ROJO JIMÉNEZ, la suma de veintitrés millones setenta y cinco mil pesos (\$23.075.000,00) para cada una por concepto de perjuicios morales

“QUINTO: Condénese al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF– a pagar al menor SEBASTIÁN ROJO JIMÉNEZ, representado por la señora MARÍA RUTH ROJO JIMÉNEZ la suma de noventa y un millones trescientos noventa y siete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos (\$91.397.444,00) por concepto de lucro cesante.

“SEXTO: Condénese al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF– a pagar al menor SEBASTIÁN ROJO JIMÉNEZ, representado por la señora MARÍA RUTH ROJO JIMÉNEZ la suma de cuarenta y seis millones ciento cincuenta mil pesos (\$46.150.000,00) por concepto de perjuicios fisiológicos.

“SÉPTIMO: Niéguese la indemnización por concepto de daño emergente estimada en un millón de pesos.

“OCTAVO: No se condena en costas porque no se causaron.

“NOVENO: Désele aplicación a los artículos 176, 177, 178 y 179 del Código Contencioso Administrativo.”(fls. 251 y 252 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite de primera instancia

1.1. En escrito presentado el 30 de mayo de 2001, María Ruth Rojo Jiménez, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Jenniffer Cristina Rojo Jiménez, Sebastián Rojo Jiménez y María Lisbeth Buitrago Rojo, solicitó, por intermedio de apoderado judicial, que se declare al Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar “ICBF”, patrimonialmente responsable de los perjuicios que les fueron ocasionados con motivo de las lesiones padecidas por Sebastián Rojo Jiménez el 21 de febrero de 2000 (fls. 17 a 25 cdno. ppal.).

En consecuencia, solicitó que se condenara al demandado a pagar: i) a título de perjuicios morales el equivalente a 2000, 1500 y 1000 gramos de oro para Sebastián, su progenitora y sus hermanas, respectivamente, ii) a favor de Sebastián Rojo Jiménez, los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante por valor de \$162.432.000,00, según el acápito de competencia y cuantía del proceso, iii) el daño emergente, estimado en \$1.000.000,00 que corresponde a gastos médicos y de transporte, y iv) por concepto de perjuicio fisiológico a favor de Sebastián Rojo la suma equivalente a 1000 gramos de oro (fls. 17 y 18 cdno. ppal.).

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fls. 19 a 21 cdno. ppal.):

1.1.1. María Ruth Rojo Jiménez es la madre de los menores Jenniffer Cristina y Sebastián Rojo Jiménez y María Lisbeth Buitrago Rojo.

Sebastián Rojo Jiménez nació en la ciudad de Medellín el 28 de diciembre de 1998, y gozaba de un excelente estado de salud.

1.1.2. Desde el 1º de febrero de 2000, la señora María Ruth Rojo ingresó a su hijo Sebastián, al hogar infantil “La Campanita” de madres comunitarias del ICBF, donde permanecía desde las 7:00 a.m. hasta las 5:00 p.m., hora en que era recogido por su madre.

1.1.3. En ese hogar infantil el quedaba sometido al cuidado de las madres comunitarias del ICBF quienes debían velar por su salud física y desarrollo integral.

1.1.4. El 21 de febrero de esa anualidad, el infante Sebastián, ingirió una chupa de las que se adhieren a las paredes, mientras permanecía en las instalaciones del hogar infantil “La Campanita”.

1.1.5. A pesar de los intentos del personal de la institución no se logró extraer el objeto que fue engullido por el niño, razón por la cual fue trasladado a un centro médico.

El cuerpo extraño ingerido por el niño Sebastián le causó una obstrucción respiratoria que impidió el paso de oxígeno al cerebro, lo que le originó un daño irreversible a nivel neuronal por la muerte de tejidos.

1.1.6. En consecuencia, el niño no puede caminar, hablar, sentarse, y tiene que ser atendido en las funciones fisiológicas básicas como ir al baño y comer, entre muchas otras.

1.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda en auto del 2 de octubre de 2001 (fl. 46 cdno. ppal.); el 1º de marzo de 2002, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 112 y 113 cdno. ppal.) y, por último, en proveído del 24 de julio de 2003, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 205 cdno. ppal.).

1.3. La institución demanda se opuso a las súplicas del libelo demandatorio, en los siguientes términos (fls. 31 a 38 cdno. ppal.):

1.3.1. Es cierto que el menor ingresó al hogar comunitario de Bienestar “La Campanita”, administrado por la Asociación Amor y Paz, no obstante no se encontraba inscrito en ningún hogar infantil perteneciente al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, ya que luego de verificar se constató que éste era atendido en ese hogar que, se insiste, era administrado por la Asociación de Padres de Familia Amor y Paz.

1.3.2. La madre comunitaria tan pronto advirtió que el menor tenía mucha saliva en la boca lo llevó al Hospital Pablo Tobón Uribe.

1.3.3. Las asociaciones de hogares comunitarios poseen personería jurídica, para que mediante la supervisión continua del ICBF atiendan menores de 0 a 7 años, en lugares que cuentan con una madre comunitaria que les brinda cuidado. El ICBF contrata con esas asociaciones por medio de un negocio jurídico especial regulado en la ley 7 de 1979, denominado contrato de aportes, en virtud del cual la madre comunitaria recibe una contraprestación.

1.3.4. La ley no le impone al ICBF la obligación de crear, vigilar, capacitar y controlar los hogares infantiles ni su personal adscrito, de manera que son éstos últimos los llamados a responder por los daños que se causen en sus instalaciones o por cuenta del servicio suministrado.

1.3.5. De otro lado, la madre comunitaria no es un agente del ICBF pero, en caso de que así fuera considerada, cabe precisar que le era imprevisible e irresistible saber que el niño iba a ingerir un objeto, toda vez que alguien pudo haber dejado olvidado el mismo, sin que pudiera ser advertida esa circunstancia.

1.4. Corrido el traslado para alegar de conclusión, intervino la parte actora para reiterar los argumentos expuestos en el libelo petitorio (fls. 206 a 209 cdno. ppal.).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 5 de junio de 2008, el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. Declaró la responsabilidad del ICBF ya que, en su criterio, existió una falla del servicio que le era imputable como quiera que los hogares comunitarios dependen administrativa, operacional y financieramente del mismo, aunado al hecho de que se desconoció el deber de cuidado y protección a favor del niño.

Entre otros aspectos, el Tribunal puntualizó:

“El hogar infantil bajo la responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene la obligación de cuidado y vigilancia de los menores y evitar cualquier daño que éstos puedan llegar a causar o sufrir, aunque aquellos puedan exonerarse de responsabilidad si demuestran que actuaron con absoluta diligencia o que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. Así lo enseña el inciso final del artículo 2347 del Código Civil...

“La Sala precisa que aunque los centros educativos y hogares infantiles tienen el deber de seguridad y cuidado para todos los alumnos, será mayor con respecto a pupilos menores o con limitaciones físicas o psicológicas. No obstante, sin consideración a la edad de los alumnos, la entidad que los custodia y vigila responderá por los daños que se generen como consecuencia de los riesgos que ellas creen en el ejercicio de sus actividades.

“En este caso el director del hogar infantil obró con ligereza en el control de la conducta del infante Sebastián Rojo al permitirle que se introdujera un objeto que le generó ahogamiento y encefalopatía hipóxica.

“Las pruebas relacionadas permiten a la Sala señalar que se presentó falla probada del servicio. La administración no acreditó alguna de las causales eximentes de responsabilidad como la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima...

“(...)” (fls. 245 a 252 cdno. ppal. 2ª instancia).

3. Recurso de apelación y trámite procesal en la segunda instancia

Inconforme con la sentencia, la parte demandada la recurrió en apelación (fls. 260 a 265 cdno. ppal. 2ª instancia); en providencia del 26 de marzo de 2009, se estimó mal denegada la impugnación (fls. 340 a 343 cdno. recurso de queja) y el recuso fue admitido por esta Corporación en auto del 10 de junio de 2009 (fl. 286 cdno. ppal. 2ª instancia).

El fundamento de la impugnación fue desarrollado con el siguiente razonamiento:

3.1.1. Para que opere la responsabilidad patrimonial del Estado se requiere que confluyan dos elementos, esto es, el daño y la imputación.

En el caso concreto, no existe relación material o fáctica entre el accidente sufrido por el menor Sebastián Rojo y la actuación del ICBF, ya que el daño no fue causado por la acción u omisión del instituto o de alguno de sus agentes, razón por la cual no le es imputable el resultado.

3.1.2. De conformidad con sentencias reiteradas de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, no existe responsabilidad solidaria del ICBF por el pago de las prestaciones sociales de las personas vinculadas laboralmente a centros u hogares comunitarios, en consecuencia si ello es así en el ámbito del derecho del trabajo, no es posible predicar una situación disímil en la órbita de la responsabilidad del Estado.

Así las cosas, se reitera que los hogares comunitarios son entes privados de carácter autónomo e independiente, que cuentan con personería jurídica, y que ayudan a dar cumplimiento al sistema nacional de bienestar familiar.

3.1.3. Además, la condena es demasiado cuantiosa, circunstancia que nos hace reflexionar sobre la labor social que desempeña el ICBF, la cual se desmantela pese a haber obrado bajo los lineamientos legales y constitucionales.

4. Alegatos de conclusión en la segunda instancia

El 2 de julio de 2009, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 288 cdno. ppal. 2ª instancia), etapa en la que las partes guardaron silencio, y sólo intervino el Procurador Quinto Delegado ante esta Corporación quien emitió concepto en los términos que se expone a continuación:

4.1. Los hogares comunitarios dependen administrativa y financieramente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y son los organismos encargados de desarrollar parte de sus objetivos en particular del sistema de Bienestar Familiar considerado un servicio público a cargo del Estado, es decir, cumplen función pública, que se concreta en la protección de la niñez colombiana.

En el caso concreto, la falla del servicio consistió en que la persona encargada de la guardería no vigiló de manera adecuada al menor y ello permitió que se introdujera un cuerpo extraño en la boca que afectó notablemente su estado de salud. Se presenta así mismo una omisión de la entidad demandada en el cumplimiento del deber legal y constitucional de garantizar las condiciones necesarias de seguridad encaminadas a proteger la vida e integridad de los infantes.

4.2. En este orden, se ve comprometida la responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, pues incumplió su deber legal de garantizar las condiciones de seguridad y controles adecuados frente a los hogares comunitarios adscritos, omisión que generó el daño antijurídico soportado por la familia Rojo Jiménez, y por esto deben ser indemnizados tal como lo decidió el *a quo*, en consecuencia, solicitó confirmar el fallo apelado en cuanto a la declaratoria de responsabilidad.

5. La solicitud y decisión de prelación

El 14 de octubre de 2009, el señor agente delegado del Ministerio Público ante esta Corporación solicitó que se concediera prelación de fallo en este específico caso, por importancia jurídica y trascendencia social, con fundamento en el artículo 44 de la Constitución Política que determina la protección efectiva y la prevalencia de los derechos de los niños (fls. 297 y 298 cdno. ppal. 2ª instancia).

En auto del 25 de noviembre de 2009, la Sala otorgó prelación de fallo con apoyo en las razones expuestas por el Ministerio Público y las particularidades fácticas y jurídicas de la controversia (fls. 299 a 303 cdno. ppal. 2ª instancia).

II. CONSIDERACIONES

Sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, que se conoce en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandado, a través del siguiente orden conceptual: 1) competencia; 2) hechos probados, 3) caso concreto, y 4) costas.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la actuación en segunda instancia, como quiera que la pretensión mayor, individualmente considerada (\$162.432.000,00)¹, supera la necesaria para que un proceso iniciado en el año 2001 tuviera esa vocación, esto es, \$143.000.000,00.

2. Los hechos probados

Del acervo probatorio, se destacan los siguientes aspectos:

2.1. La entidad demandada allegó en copia simple varios de los documentos que integraron el expediente administrativo de protección a favor del menor Sebastián Rojo Jiménez, medios de convicción que serán valorados en esta instancia por las siguientes razones: i) porque son documentos cuyos originales se encuentran en poder del ICBF –concretamente en sus archivos–, ii) fueron aportados por el propio instituto, razón adicional para reconocerles valor probatorio, y iii) en los términos de esta Subsección, es procedente apreciar las copias simples siempre y

¹ Suma que corresponde a la deprecada a título de daños materiales por lucro cesante, según lo establecido en el acápite de la demanda, estimación razonada de la cuantía y competencia.

cuando hayan obrado a lo largo del plenario, conforme al principio constitucional de buena fe, puesto que han estado sometidas al principio de contradicción, por las partes.

Sobre el particular, en reciente providencia se discurrió así:

“Lo primero que advierte la Sala es que el proceso penal fue aportado en copia simple por la parte actora desde la presentación de la demanda, circunstancia que, *prima facie*, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan. No obstante, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor probatorio a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el mismo instante de presentación del libelo demandatorio y que, por consiguiente, ha surtido el principio de contradicción.

“En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de las sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial.

“En el caso *sub examine*, por ejemplo, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue acompañada con la demanda y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se entregó como anexo de la misma, circunstancia que no acaeció, tanto así que los motivos de inconformidad y que motivaron la apelación de la providencia de primera instancia por parte de las demandadas no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con la forma de establecer la eventual participación en la producción del mismo.

“Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor probatorio a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

“El anterior paradigma fue recogido de manera reciente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que entra a regir el 2 de julio de 2012– en el artículo 215 determina que se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tienen el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas; entonces, si bien la mencionada disposición no se aplica al caso concreto, lo cierto es que con la anterior o la nueva regulación, no es posible que el juez desconozca el principio de buena fe y la regla de lealtad que se desprende del mismo, máxime

si, se insiste, las partes no han cuestionado la veracidad y autenticidad de los documentos que fueron allegados al proceso.”²

Así las cosas, la Sala valorará con libertad probatoria la documentación aportada por el demandado.

2.1.1. Solicitud de la defensora de familia dirigida al Patronato María Auxiliadora para que *“se analice la posibilidad de financiar exámenes de potenciales evocados auditivos y visuales del niño SEBASTIÁN ROJO de 2 años de edad, y diagnóstico de encefalopatía hipóxica isquémica por casi ahogamiento por cuerpo extraño, el niño recibe actualmente protección del ICBF en la institución de rehabilitación CENTRO DE SERVICIOS PEDAGÓGICOS DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA.”* (fl. 42 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

2.1.2. Acta mediante la cual se asigna a María Ruth Rojo Jiménez el beneficio de hogar biológico, en la que se compromete el ICBF a entregar un aporte de \$211.710,00 mensuales, por el término de un semestre (fl. 44 cdno. ppal.).

2.1.3. Comunicación de julio de 2001, en la que la Directora Ejecutiva del Comité Regional para la Rehabilitación de Antioquia le informa al Director Regional del ICBF lo siguiente:

“De acuerdo a su solicitud, se atendió a la señora María Ruth Rojo, madre del menor Sebastián. El Comité a través de su contrato con la Dirección Seccional de Salud adelanta la fabricación de una ortesis de sedestación que requiere el menor, la cual sería cubierta en un 100% por dicha entidad.

“Lamentablemente las sillas de ruedas no fueron autorizadas y no tenemos como subsidiar la gran demanda de esta ayuda ortopédica.

“Les sugerimos solicitar a la Primera Dama de la Nación este aporte a través del programa “Camina” que ella lidera.” (fl. 52 cdno. ppal.)

2.1.4. Oficio No. 111814 del 4 de abril de 2001, suscrito por la Coordinadora del Centro Zonal Centro de la Regional Antioquia del ICBF, en el que se precisa:

“Comendidamente le solicito tramitar ante la asociación de hogares comunitarios de bienestar “Amor y Paz” el pago de los exámenes potenciales visuales y auditivos, que requiere el niño SEBASTIÁN

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2011, exp. 20171, M.P. Enrique Gil Botero.

ROJO JIMÉNEZ, con diagnóstico de encefalopatía hipóxica isquémica, casi ahogamiento por cuerpo extraño accidente sufrido el 23 de febrero del 2000 en un hogar comunitario de esa asociación.

“Como es de su conocimiento a través del ICBF el niño se encuentra recibiendo tratamiento de rehabilitación en el centro de servicios pedagógicos de la Universidad de Antioquia y requiere dichos exámenes, para definir aspectos importantes del tratamiento a seguir.

“La señora Ruth Rojo madre biológica de Sebastián, abandonó su trabajo para brindar a éste la atención requerida y carece de medios económicos. El niño cuenta con carné del Sisbén nivel II y este no cubre los exámenes mencionados.” (fl. 61 cdno. ppal.).

2.1.5. Resumen de la historia clínica del niño Sebastián Rojo Jiménez, en el que se lee:

“(…) Diagnósticos definitivos: ENCEFALOPATÍA HIPOXICO - ISQUÉMICA POR CASI AHOOGAMIENTO POR CUERPO EXTRAÑO.

“(…) Motivo de la consulta y enfermedad actual: ingresa por el servicio de urgencias a las 14:50 pm el 21-02-00 en paro cardio-respiratorio, con pupilas midriáticas y cianosis general, se inicia reanimación cardiopulmonar con oxigenación y masaje cardíaco por aproximadamente 5 minutos, durante la intubación presentó un episodio de vómito bilioso y distensión abdominal, se logra intubar con tubo orotraqueal No. 4.

“(…)” (fls. 71 a 74 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

2.1.6. Comunicación signada por el Coordinador Zonal No. 2 de la Regional Antioquia del ICBF, del 23 de mayo de 2000, dirigida al Director del Grupo Programático de Bienestar Familiar en la que se consignó:

“Con el ánimo de poder seguir colaborando en el caso del menor SEBASTIÁN ROJO, niño accidentado en un hogar de Bienestar Familiar, me permito solicitarle en la medida que sea posible su intervención para que a nivel institucional se entre a buscar una solución con la deuda que a la fecha posee la señora MARÍA RUTH ROJO, madre del menor con el Hospital Pablo Tobón Uribe.

“Lo anterior, dado que la señora no asiste a las terapias de recuperación del menor ante esta entidad por no tener como pagar esta deuda.

“De ser posible, le solicito amablemente dar respuesta en la mayor brevedad posible.

“Igualmente remito fotocopias de la constancia de afiliación al Sisben, de la cédula de ciudadanía de la madre y ficha integral de la familia.” (fl. 82 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

2.1.7. De folio 86 al 87 obra estudio social elaborado por una trabajadora del ICBF, en el que se determinó:

“(…) ANTECEDENTES DEL CASO:

“El coordinador zonal del Centro Zonal No. 2, remitió al Centro Zonal Centro el caso del niño Sebastián Rojo Jiménez, quien se encontraba asistiendo al programa de hogares de Bienestar, allí el niño sufrió un accidente por ahogamiento al llevarse un objeto a la boca, lo que le produjo como diagnóstico clínico definitivo una encefalopatía hipóxica isquémica con daño cerebral difuso.

“Por lo anterior, y teniendo en cuenta la situación socio-familiar que rodea al niño, se hace necesario definir una medida de protección que favorezca el tratamiento de rehabilitación, que dado el diagnóstico clínico debe iniciar el niño con apoyo y acompañamiento de su familia.

“COMPOSICIÓN FAMILIAR:

“(…) HISTORIA Y DINÁMICA FAMILIAR:

“La señora Ruth Rojo madre biológica de Sebastián, de relaciones afectivas inestables ha procreado tres hijos. El padre de María Lisbeth la reconoció y esporádicamente le hace aportes económicos para su subsistencia.

“Sebastián es hijo del señor Gildardo Torres, quien no lo reconoció, al parecer por tener una relación de pareja establecida con anterioridad; ocasionalmente ayuda al sostenimiento del niño y no se ha involucrado en su crianza.

“Al parecer en el grupo familiar no se presentan conflictos que desestabilicen la dinámica familiar, la autoridad es ejercida por doña Ruth, quien ocasionalmente se apoya en su madre para tomar decisiones que tengan que ver con la crianza de sus hijos, pues es ella la responsable del proceso formativo de sus hijos.

“SITUACIÓN ECONÓMICA:

“Doña Ruth antes del nacimiento de Sebastián, trabajaba en casas de familia pero una vez nació el niño se retiró para dedicarse a sus cuidados. La economía familiar la sustenta la pensión que recibe doña María del Rosario, equivalente al salario mínimo y los aportes esporádicos de dos de los padres de los niños. Lo anterior es insuficiente para la adecuada satisfacción de las necesidades básicas; la casa que habita la familia es alquilada.

“SITUACIÓN ACTUAL:

“Sebastián se encuentra recibiendo los cuidados de su madre, según informó ésta, ha observado logros en la recuperación del niño, pese a que no se ha recibido tratamiento médico. Durante la visita se observó que Sebastián se encontraba en buen estado, Ruth se dedicaba a estimular con ejercicio las piernas y brazos del niño.

“CONCEPTO Y RECOMENDACIONES:

“Teniendo en cuenta que Sebastián requiere tratamiento de rehabilitación adecuado, que le posibilite recuperar hasta donde sea posible la funcionalidad que perdió por el accidente, se recomienda su ingreso al Centro de Servicios Pedagógicos de la Universidad de Antioquia, en modalidad externado, teniendo en cuenta las patologías que allí se atienden.

“Se considera que Sebastián no debe ser retirado de su medio familiar, pues la relación afectiva y los cuidados personales y de estimulación en los que todo el grupo familiar se debe involucrar, son básicos para obtener logros en la rehabilitación del niño.

“Igualmente doña Ruth debe recibir asesoría del área de psicología que le posibilite canalizar y expresar el dolor que siente por la situación de su hijo y reflexionar sobre la importancia que tiene en el tratamiento de Sebastián.

“(...)” (mayúsculas del original).

2.1.8. Informe interdisciplinario³ del Centro de Servicios Pedagógicos de la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia, del 27 de junio de 2001, en el que se señaló:

“1. DESEMPEÑO COGNITIVO:

“El menor se caracteriza por estados de irritabilidad irregulares, por tanto logra sólo en ocasiones participar de las actividades propuestas demostrando agrado o desagrado a través de la sonrisa, el llanto, gestos y movimientos corporales generalizados; reacciona ante la desaparición de objetos y personas que son agradables al contacto con los sentidos mostrando discriminación y prolonga eventos agradables obtenidos en la relación con el entorno.

“2. DESEMPEÑO COMUNICATIVO:

“Se estableció la rutina y el implemento de anticipadores para las ABC facilitando el reconocimiento en tiempo y espacio de cada una a la vez que facilita la participación en ellas. Se basó en el principio de la relación mutua, la comprensión de estímulos del mundo que lo rodea y el desarrollo de habilidades básicas lingüísticas que favorezcan la interacción del mundo que los rodea, aspecto que se

³ Elaborado y suscrito por el siguiente grupo interdisciplinario: una educadora especial, una fisioterapeuta, una fonoaudióloga, una terapeuta ocupacional, una psicóloga y una trabajadora social.

encuentra en proceso ya que inician la relación de los objetos presentados con su función.

“Se retomó la técnica de Bobath la reeducación oro motriz y patrones funcionales básicos para la respiración, el cual no se evidencia logros significativos ya que la inconstancia se convirtió en un factor desfavorable para el logro de objetivos, no se desarrollaron las actividades a cabalidad por la inasistencia de los niños y el pobre refuerzo en el hogar.

“En cuanto a las actividades prelingüísticas, su llanto y sonrisa es más definida de acuerdo a la situación que se les presente, mejoran las respuestas auditivas dando cuenta de la etapa de localización de la fuente sonora en lo que corresponde a las voces y al llamado de su nombre, siendo respuestas reflejas de localización o con sonrisa.

“Fue pobre la evidencia de alcances significativos desde los objetos propuestos, aunque dentro de las sesiones planteadas algunas de las actividades de rutina y anticipación fueron acatadas por las madres y aplicadas adecuadamente.

“3. DESEMPEÑO MOTOR:

“Desde el área motora gruesa, se estableció la intervención grupal, donde se pretendía lograr: la inhibición de patrones anormales reflejos, la normalización del tono postural espástico moderado, la estabilización de segmentos articulares proximales y el afianzamiento del control en posiciones de sentado y en cuadrúpedo. Como complemento de la intervención fisioterapeuta, se remitió el menor a Fisiatría, donde se le recomendó ortesis de sedestación.

“Al analizar los logros alcanzados en el menor se observan: aumento del control de cabeza, cuello y tronco superior. Aumento de la normalización del tono postural espástico, manifestado en la capacidad de aumentar la movilización de miembros superiores y miembros inferiores. Inicio de la integración de reacciones de enderezamiento hasta posiciones bajas: boca arriba, boca abajo y sentado. Condiciones que fueron favorecidas por la constancia e interés de la madre, por la exigencia de hace al menor, a pesar de su irritabilidad.

“A nivel motor fino, dentro del manejo implementado con el niño se ha hecho mayor énfasis en la sensibilización a la madre a las respuestas de agrado y/o desagrado que puede presentar el niño frente a los estímulos de orden táctil, al igual se ha facilitado la asimilación dentro de la conducta de manipulación con el niño de los actos anticipatorios. Se reconoce que la madre presenta un manejo adecuado de Sebastián para la realización e actividad de vestido y estimulación, lo que ha permitido avanzar en la asignación de guante con textura al cual el infante ha presentado respuestas de relajación, al igual se orientó a la madre para el diseño y realización de cono de rood para prevenir instauración de pulgar corticalizado, quedando pendiente su seguimiento para el próximo semestre.

“4. DESEMPEÑO PSICOAFECTIVO:

“Se evaluó en la madre a través de trabajo grupal, la fase en la que se encuentra en la elaboración del proceso de duelo vivido en relación con la condición del niño y la implicación familiar en el mismo. Se encuentra que ya ha superado la fase de crisis, pues el impacto emocional ha disminuido, con una interpretación más adaptativa del evento mórbido a la experimentada inicialmente, y se han instaurado los cambios y adaptaciones en la madre para asumir los cuidados del niño, configurándose en el rol de cuidadora primaria, con participación de los demás miembros del grupo familiar en los cuidados del niño. La madre no tiene planes vitales definidos distintos a los de sacar adelante al niño y a su familia, porque no asume otra misión diferente en su vida. Se requiere continuar con la madre en un proceso que la ayude a identificar otras áreas de proyección y realización personal, implementar estrategias que potencialicen más la participación del grupo familiar en los cuidados del niño, y mejorar la red de apoyo social.

“5. VALORACIÓN DEL COMPROMISO FAMILIAR:

“Por parte de la madre se evidencia una asistencia y compromisos constantes, disposición, motivación y trabajo a pesar de las dificultades presentadas por su hijo; el reconocimiento de éstas no la ha hecho desfallecer en el logro de los objetivos.

“Durante el semestre se da una participación activa en el proceso formativo a través de los talleres de padres dirigidos por el equipo interdisciplinario. Por parte de trabajo social se trabajaron las siguientes temáticas: compromiso familiar y diálogo en familia encontrándose algunos elementos de orden familiar que interfieren en los procesos pedagógicos y de rehabilitación que se desarrollan con el menor en el centro de servicios, análisis que se ha dado desde la misma madre de familia quien reconoce debilidades y proyecta cambios desde ella que permitan mejorar ambientes familiares acordes con sus necesidades y posibilidades.

“(…) Se ha realizado desde trabajo social un acompañamiento constante en este caso con miras a coordinar con Bienestar Familiar acciones que mejoren la calidad de vida del menor, frente a esta consecución de recursos para la realización de exámenes de potenciales evocados y auditivos se ha gestionado no sólo ante esta institución, sino también ante el Patronato María Auxiliadora de quien hasta el momento no hemos obtenido respuesta. El día 14 de abril la madre firmó un acta en Bienestar Familiar para de ser (sic) madre biológica sustituta de su hijo, a través de esto se le proporcionará un auxilio económico por seis meses con fin (sic) de dar continuidad al proceso iniciado en Centro de Servicios Pedagógicos.

“RECOMENDACIONES:

- “- Continuar en el programa de atención al limitado sensorial.
- “- Realizar seguimiento a la recomendación dada por fisiatra referente a la adquisición de ortesis de sedestación y a la remisión a neurología.
- “- Como complemento a las actividades realizadas en el grupo, se entrega a la madre actividades específicas para reforzar en el hogar,

por parte de fisioterapia, las cuales deben ser organizadas como Manual de Actividades Físicas, que es necesario compartir con los demás miembros del núcleo familiar.

“- Debe fortalecerse la vinculación de otros miembros del núcleo familiar a las actividades que se realizan con el menor.” (fls. 96 a 98 cdno. ppal.)

2.1.9. De folio 101 a 103 obra la Resolución No. 351 del 25 de octubre de 2001, por medio de la cual se declara en situación de peligro a Sebastián Rojo Jiménez, y se decidió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar en situación de peligro al menor SEBASTIÁN ROJO JIMÉNEZ, de notas personales y civiles descritas en la parte motiva, de conformidad con el artículo 30 numeral 6 del Código del Menor.

“ARTÍCULO SEGUNDO: Disponer como medida a favor del menor Sebastián Rojo Jiménez, la colocación familiar bajo la modalidad del hogar biológico especial en cabeza de la señora María Ruth Rojo Jiménez, madre del menor, de conformidad con el numeral 3 del artículo 57 y artículo 73 del Código del Menor, por un período de seis meses contados a partir del 1º de junio de 2001, fecha de la ubicación del menor bajo la medida de protección.

“ARTÍCULO TERCERO: Disponer la continuidad de la vinculación del menor al Centro de Servicios Pedagógicos de la Universidad de Antioquia, en aras de garantizarle el derecho a recibir la atención y el tratamiento especializado para la rehabilitación requerida hasta su culminación.

“ARTÍCULO CUARTO: Asistir y facilitar el seguimiento por parte del área social y psicología que se realizará con la señora María Ruth Rojo Jiménez, madre del menor para brindarle la asesoría y atención pertinente.

“ARTÍCULO QUINTO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y contra ella proceden los recursos consagrados en el artículo 51 y siguientes del Código del Menor.” (Mayúsculas del original).

2.2. Copia íntegra y auténtica de la historia clínica del niño Sebastián Rojo Jiménez, correspondiente a la atención médica recibida en el Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín, en la que se describe el diagnóstico como encefalopatía hipóxica - isquémica por casi ahogamiento por cuerpo extraño.

2.3. Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, en la que se hace constar lo siguiente:

“(...) 7. PORCENTAJE DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL

“Calificación %

“Deficiencia: 50,00

“Discapacidad: 16,50

“Minusvalía: 28,00

“% Total: **94,50**

“Paciente de 9 años de edad, remitido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, con el fin de que se determine la pérdida de la capacidad funcional.

“En documentación aportada a la Junta se encuentra, evaluación por urgencias del HPTU, el 21 de febrero de 2000, por presentar paro cardiorrespiratorio, cianosis y flaccidez generalizada, pupilas midriáticas no reactivas, al parecer ingirió previamente cuerpo extraño, ¿papel?, le realizaron maniobras de reanimación, le dan presión positiva con aire Ress, no teniendo mejoría, por lo que proceden a colocar intubación orotraqueal, teniendo respuesta, cardíaca, pupilar y mejoría en la ventilación pulmonar; fue conducido a UCI realizándole laringoscopia, extrayendo cuerpo extraño (sin especificar el material encontrado); los Rx de control, reportaron intubación monobronquial, por lo que fue extraído; fue reintubado, y los Rx, muestran intubación endotraqueal, recibió saturación de oxígeno reportó 90-91%; fue evaluado por neurología, conceptuado que presenta una encefalopatía hipóxica, le ordenó TAC de cráneo que reporta hallazgos compatibles edema cerebral difuso, ordenando epamin, antibiótico terapia, transfusiones de albúmina y glóbulos rojos...

“El 01 de marzo/00 fue entubado y ventilado con ventury al 50%, los controles radiológicos posteriores demostraron recuperación hasta la mejoría total a nivel del aparato respiratorio; el paciente recibió además manejo hospitalario por pediatría, y fisioterapia; egresó el 19 de marzo/00.

“En la evaluación médico-psicológica se encuentra: paciente afebril, p:80, cardiopulmonar: C/N; no se sostiene de pie, ni sentado, no tiene sostén cefálico, se observa cuadriparesia espástica, con hipotrofia marcada de sus extremidades, los ROT: +++; no habla, emite sonidos guturales, no responde al llamado, reacciones con la luz y con los sonidos bruscos, no controla esfínteres, es totalmente dependiente para las actividades de vida diaria; la psicóloga conceptúa que presenta alteración de las funciones complejas integradas al cerebro.

“Teniendo en cuenta lo estipulado en el Decreto 917 de 199, la Junta Regional determina que, Sebastián Rojo Jiménez, tiene una pérdida de capacidad funcional de 94,50%, en relación a alteración de las funciones complejas e integradas al cerebro; de origen común; estructurado el 21 de febrero de 2000, día de la ingestión accidental de cuerpo extraño, que le causó ahogamiento y

secundariamente encefalopatía hipóxica.” (fls. 240 a 243 cdno. ppal.
- mayúsculas del original).

2.4. Registros civiles de nacimiento de María Ruth Rojo Jiménez, Sebastián y Jenniffer Cristina Rojo Jiménez y de María Lisbeth Buitrago Rojo (fls. 2 a 5 cdno. ppal.).

3. Caso concreto

Para definir la controversia la Sala abordará el siguiente orden conceptual: i) legitimación en la causa por pasiva del ICBF; ii) existencia y delimitación del daño antijurídico en el caso concreto; iii) régimen de responsabilidad aplicable; iv) reliquidación de perjuicios, y v) adopción de medidas de justicia restaurativa.

3.1. Legitimación en la causa por pasiva del ICBF

Si bien la entidad demandada no alegó de forma expresa la falta de legitimación en la causa por pasiva, lo cierto es que tanto en la contestación de la demanda como en el recurso de apelación, se invocó de manera sistemática el hecho de que los hogares comunitarios cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa, operacional y financiera, circunstancia que refleja la formulación de dicha excepción que, en el supuesto de hallarse acreditada, enervaría la posibilidad de continuar con el estudio de responsabilidad en el caso concreto, en atención a que se constaría la falta de titularidad del interés por el extremo pasivo en cabeza del ICBF⁴.

⁴ “Como sucede con la ausencia de interés sustancial, la de la debida legitimación en la causa constituye un impedimento sustancial para que el juez pueda proferir sentencia de fondo y mérito, y no una excepción ni un impedimento procesal.

“Si en el momento de decidir la litis, el juez encuentra que falta esta condición para la sentencia de fondo o mérito, debe declararlo así oficiosamente y limitarse a proferir una sentencia inhibitoria, inclusive en los países donde se exige alegar todas las excepciones.

“Por eso es un error considerar que la sentencia que desestima la demanda por ausencia de legitimación en la causa, es desfavorable al demandante con efectos de cosa juzgada...”

“Tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquella o éste existan; o en ser el sujeto activo o pasivo de una relación jurídica sustancial que autorice para intervenir en el proceso ya iniciado.

“Se deja así bien en claro que no se trata de la titularidad del derecho o la obligación sustancial, porque puede que éstos no existan, y que basta con que se pretenda su existencia; por eso puede ser perfecta la legitimación en la causa y, sin embargo, declararse en la sentencia que dicho

Así las cosas, se analizará la normatividad aplicable a los hogares comunitarios y la función concreta que ejerce el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar frente a los mismos, toda vez que de ese estudio se definirá si le asiste o no legitimación en la causa por pasiva para actuar en el proceso y, por lo tanto, si cuenta con interés sustancial para definir de fondo la controversia, esto es, si le es imputable o no el daño antijurídico irrogado a los demandantes.

En Colombia desde la ley 7 de 1979, se estableció el Sistema de Bienestar Familiar entendido como un servicio público a cargo del Estado, dirigido 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. En ese ordenamiento, 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.

De otro lado, es posible que el ICBF celebre o suscriba una clase de negocio jurídico especial con particulares –fundamentalmente con asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro o con personas de elevada solvencia moral– denominado contrato de aportes, con la finalidad de que esos sujetos privados de manera armónica con el Estado, colaboren en la prestación del servicio de Bienestar Familiar⁵.

Esta Sala ha tenido oportunidad de analizar la naturaleza, contenido y alcance del contrato estatal de aportes, en los siguientes términos⁶:

“Como se aprecia, el contrato de aporte tiene las siguientes características esenciales: i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos

derecho y tal obligación o el ilícito penal alegados o imputados no existen.” ECHANDÍA, Devis “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 269.

⁵ Ley 7 de 1979. “Artículo 21, numeral 9. Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo.”

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 16941, M.P. Enrique Gil Botero.

partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro.

“En efecto, el negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia.

“En ese orden de ideas, al margen de las similitudes que pudieran evidenciarse entre el contrato de aporte y el de prestación de servicios, lo cierto es que aquél reviste una serie de particularidades que no permiten asemejarlo a este último, máxime si el negocio jurídico de aportes supone la intervención de la entidad pública quien se vincula al negocio en una participación de capital o de especie que se traslada de manera definitiva o temporal a favor del contratista para que éste asuma una actividad de bienestar social – integración de la familia o de la protección de la infancia– a cambio de una contraprestación.

“(…) En consecuencia, el contrato de aporte en su condición de contrato atípico se caracteriza porque tiene un sujeto activo calificado y cualificado por la ley, ya que se trata de un negocio jurídico que sólo puede ser suscrito por el ICBF, en el que la entidad pública entrega unos bienes (tangibles o intangibles) al contratista para que este último asuma, a cambio de una contraprestación, la ejecución de un servicio propio del sistema de bienestar social bajo su exclusiva responsabilidad y con personal técnico y especializado a su cargo.

“En esa línea de pensamiento, a esa convención le resultan aplicables los principios del artículo 209 de la Constitución Política, así como los principios y reglas contenidas en la ley 80 de 1993 y normas complementarias, razón por la que en la selección del contratista juegan un papel preponderante aspectos tales como la transparencia, la selección objetiva y planeación, entre otros, máxime si como lo señala expresamente la ley, resulta prioritario que se seleccione a instituciones o personas que acrediten idoneidad en el manejo de la actividad cuya prestación pretende que el contratista asuma, debido a la relevancia de la función a ejecutar, esto es, la protección de la familia y de los niños y niñas, la primera núcleo esencial de la sociedad en los términos establecidos en el artículo 42 de la Carta Política, y los últimos eje central y primordial de la sociedad, cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás,

como se reconoció expresamente por el Constituyente en el artículo 44 *ibidem*.

“Así las cosas, el contrato de aporte no sólo difiere sustancialmente de cualquier otro negocio jurídico en su objeto, sino de igual manera en su causa, toda vez que la actividad que se asume por el contratista (objeto) es de carácter esencial y de específica relevancia para la sociedad y para el Estado –y no simplemente una función administrativa o propia de la entidad pública–, y la causa es específica consistente en la finalidad de procurar la integración de la familia y la protección de la niñez.”

Así las cosas, es factible que entre la administración de un hogar comunitario y el ICBF medie un contrato estatal de aportes, sin que esta circunstancia mute o transforme el servicio que se presta, es decir, el público y esencial de bienestar familiar encaminado a la protección específica de la niñez colombiana⁷ y, de manera concreta, a la protección y efectividad de los derechos contenidos en el artículo 44 de la Carta Política, tanto así que el párrafo 2º del artículo 1º de la ley 89 de 1988, precisó de forma enfática que: *“El incremento de los recursos que establece esta Ley se dedicará exclusivamente a dar continuidad, desarrollo y*

⁷ Determina el Decreto 2388 de 1979, lo siguiente: “Artículo 123. El ICBF, cuando las necesidades del servicio así lo demanden, podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

“Estos contratos se considerarán como administrativos [entiéndase estatal] y deben contener, entre otras, las cláusulas que sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas, la Ley exige para los del Gobierno. La declaratoria de caducidad, llegado el caso, se hará mediante resolución motivada firmada por el Director General, y de acuerdo con el procedimiento señalado en el Decreto 150 de 1976 [en la actualidad ley 80 de 1993].

“Artículo 124. De las controversias relativas a estos contratos conoce la jurisdicción contenciosa administrativa según las reglas de competencia.

“Artículo 125. El ICBF, podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9º de la Ley 7ª de 1979 con Instituciones de Utilidad Pública o Social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos.

“Párrafo. Cuando no se pueda celebrar contratos con Instituciones sin ánimo de lucro, se suscribirán con personas naturales de reconocida solvencia moral.

“Artículo 126. En todo caso, los contratos deben ceñirse en su celebración, desarrollo, cumplimiento e interpretación, a la naturaleza y a las modalidades del servicio de bienestar familiar.

“Artículo 127. Por la naturaleza especial del Servicio de Bienestar Familiar, el ICBF podrá celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tal, cuando el instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año.

“Artículo 128. Los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar sólo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo.”

cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país. 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.”

En esa perspectiva, los hogares comunitarios están constituidos con el aval, intervención y supervisión del ICBF, y tienen como finalidad la atención de necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños y niñas de estratos sociales menos favorecidos. En consecuencia, bajo la mencionada figura se acerca a las familias y vecinos de una determinada zona, para que con el apoyo del ICBF, se vinculen al Sistema de Bienestar Familiar y, por lo tanto, promuevan la protección y efectividad de los derechos fundamentales de los niños y niñas que requieran servicios de nutrición, salud y protección.

De otro lado, la constitución y funcionamiento de los hogares comunitarios se encuentran reglamentados en el Decreto 1340 de 1995, cuerpo normativo que, entre otros aspectos, establece:

“(…) ARTÍCULO 2o. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de su Junta Directiva, establecerá los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permitan la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, dando cumplimiento a la obligación del Estado, en concurrencia con la familia y la sociedad de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Para la ejecución del Programa, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, coordinará sus acciones con las Entidades Territoriales, otras entidades públicas y privadas y organizaciones no gubernamentales.

“PARÁGRAFO. La organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar que determine la Junta Directiva del ICBF, se implementará en forma gradual, atendiendo las condiciones sociales, económicas, geográficas y de participación comunitaria de cada región, de forma tal, que se garantice continuidad en la prestación del servicio.

“ARTÍCULO 3o. El funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, será ejecutado directamente por la comunidad a través de Asociaciones de Padres de Familia o de otras organizaciones comunitarias.

“ARTÍCULO 4o. La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de "Hogares de Bienestar", mediante su trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen.”

Así mismo, en el Acuerdo No. 21 de 1996, de la Junta Directiva de Bienestar Familiar, se fijaron los lineamientos técnicos y administrativos de los hogares comunitarios, en el siguiente orden:

“ARTÍCULO SEGUNDO. EL FUNCIONAMIENTO. El funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar **será ejecutado por las familias de los niños beneficiarios del Programa, que se constituirán en Asociaciones de Padres u otra forma de organización Comunitaria y quienes una vez tramitada su personería jurídica ante el IBCF, celebrarán contratos de aporte para administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los aportes provenientes de la comunidad.** Los Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados.

“(…) ARTÍCULO CUARTO. DE LA FINANCIACIÓN. El Programa Hogares Comunitarios de Bienestar se ejecutará con los siguientes recursos:

“Los recursos que asigne el Gobierno Nacional al programa a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

“Los recursos que asignen las entidades territoriales para el desarrollo del Programa.

“Las cuotas de participación de los padres de familia y el trabajo solidario de la comunidad.

“Los aportes de las personas naturales y jurídicas públicas y privadas y los Organismos Internacionales.

“Los demás que la comunidad destine al mismo.

“Los recursos que asigne el Gobierno Nacional se destinarán para financiar la dotación inicial, la capacitación, la beca, la supervisión y la evaluación.

“Por beca se entiende los recursos, que se asignen a las familias para atender a los niños y por lo tanto se destinarán a. madre comunitaria, reposición de dotación, aseo y combustible, raciones, material didáctico duradero y de consumo para hacer actividades con los niños y apoyo para servicios públicos. Para la ejecución de estos recursos las asociaciones de padres o las Organizaciones Comunitarias deberán observar estrictamente los lineamientos del ICBF.

“PARÁGRAFO. Será competencia de la Junta Directiva, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal del ICBF fijar en cada vigencia fiscal los costos de cada componente de la beca.

“ARTÍCULO QUINTO. DE LA ORGANIZACIÓN Y OPERACIÓN. La Dirección General del ICBF, establecerá los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos que garanticen el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo, así como los manuales para el manejo de cuentas y su rendición conforme a las normas vigentes.

“Para la ejecución y coordinación del programa, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en calidad de promotor del mismo deberá tener en cuenta la política social del Gobierno, el proceso de concertación con las entidades Territoriales y la empresa privada para lograr el apoyo a los Hogares Comunitarios de Bienestar. Igualmente, debe convocar a la comunidad para que realice su autodiagnóstico y se organice en función del Programa. A través de sus Regionales, Agencias y Centros Zonales, propenderá porque el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar quede incluido en los Planes de Desarrollo Departamentales y Municipales. La organización del programa tendrá las siguientes características:

“a) Los Hogares Comunitarios de Bienestar podrán funcionar en la casa de la Madre Comunitaria, en espacio Comunitario o en espacio cedido por persona pública o privada. De acuerdo a las necesidades de los niños y sus familias y a la disponibilidad de recursos, se podrán organizar Hogares Comunitarios de Bienestar. Familiares, Múltiples y Empresariales. En la vivienda de la madre Comunitaria, no podrá funcionar mas de un Hogar Comunitario de Bienestar Familiar.

“b) Los espacios para la atención de los niños en los Hogares Comunitarios de Bienestar, deben garantizar mínimas condiciones físicas, ambientales y de seguridad que permitan realizar actividades con los niños para proporcionar su normal crecimiento y desarrollo y evitar posibles riesgos.

“c) Los Hogares Comunitarios de Bienestar funcionarán bajo el cuidado de una madre comunitaria si es Hogar Comunitario Familiar

o varias madres comunitarias si es Hogar Comunitario Múltiple o Empresarial, escogidas por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria quienes deben tener el siguiente perfil. hombre o mujer con actitud y aptitud para el trabajo con los niños; mayor de edad y menor de 55 años, de reconocido comportamiento social y moral, con mínimo cuatro años de educación básica primaria, posea vivienda adecuada o tenga disposición para atender a los niños en espacio comunitario, acepte su vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, esté dispuesto a capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, tenga buena salud y cuente con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños.

“d) Los Hogares Comunitarios de Bienestar atenderán niños menores de siete años organizados en grupos con diferentes edades que aseguren el proceso de socialización e interacción familiar, se podrán organizar Hogares de Bienestar según las siguientes modalidades. 1) Para atender niños de cero a siete años, pudiéndose incluir dentro de ellos niños discapacitados, 2) Para atender niños menores de dos años y 3) Para atender mujeres gestantes, madres lactantes y niños menores de dos años.

“e) El tipo de Hogar Comunitario de Bienestar, será definido teniendo en cuenta las necesidades de la comunidad y especialmente de los niños y las familias, las condiciones físicas de los espacios donde funcionarán los Hogares y el apoyo de las entidades públicas y privadas.

“f) En los Hogares Comunitarios de Bienestar donde se atiendan niños de cero a siete años y que funcionen en la casa de una madre comunitaria se recibirán máximo dos menores de 6 a 24 meses. Sólo se podrá atender un niño discapacitado por Hogar y en este caso sólo se recibirá un niño de 6 a 24 meses.

“g) Los Hogares Comunitarios de Bienestar atenderán a los niños menores en horarios definidos con la comunidad de acuerdo con las necesidades de los niños y los padres de familia o personas responsables del cuidado de estos, en jornadas no inferiores a cuatro horas y de hasta ocho horas diarias.

“i) Del 100% de la cuota de participación recaudada en cualquier modalidad, se destinará el 66% para complementar la beca de la Madre Comunitaria y el 34% para actividades específicas con los niños.

“j) Las madres Comunitarias como titulares del derecho a la Seguridad Social, serán responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo normado por la Ley 100 de 1993 sus Decretos Reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia. La junta Directiva de las Asociaciones de Padres de Familia velarán porque las Madres Comunitarias se vinculen al Régimen de Seguridad Social en Salud y pensiones.

“k) Los asuntos relacionados con el Programa deben tramitarse ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por conducto de las Juntas Directivas de las Asociaciones de Padres de Familia o de las Organizaciones Comunitarias que los administren, sin perjuicio del derecho que le asiste a cualquier miembro de la comunidad de acudir ante los respectivos Centros Zonales de las Regionales para informar, denunciar o poner a su consideración los hechos o los temas que estime pertinente.

“ARTÍCULO SEXTO. DE LA EJECUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL PROGRAMA. El Programa Hogares Comunitarios de Bienestar será ejecutado y administrado directamente por la comunidad, a través de Asociaciones de Padres de Familia de los menores beneficiarios del Programa o de otras Organizaciones Comunitarias de conformidad con las normas y lineamientos dictados por el ICBF para tal fin.

“Las Asociaciones de Padres de Familia se integran por los padres de familia o personas bajo cuya responsabilidad se encuentren los niños beneficiarios del Programa y por quienes solidariamente quieran participar como madres comunitarias.

“Para efectos del presente acuerdo, se entiende por otras Organizaciones Comunitarias aquellas organizaciones sin ánimo de lucro, constituidas legalmente y conformadas por habitantes de un mismo vecindario, barrio, vereda, caserío o territorio, con el objeto de brindar atención a los niños de su comunidad mediante la autogestión, el trabajo solidario y apoyo a la solución de sus problemas para formar y conseguir una cultura ciudadana integral.

“Las Asociaciones de Padres de Familia o las Organizaciones Comunitarias podrán admitir hasta 25 Hogares, dependiendo de las condiciones que prevalezcan en la comunidad.

“Las Asociaciones de Padres de Familia o las organizaciones comunitarias, en su calidad de entes administradores del programa, serán los responsables del correcto funcionamiento de los Hogares Comunitarios de Bienestar apoyados en los Comités de Vigilancia y Control y de Veeduría Ciudadana.” (Negrillas fuera de texto).

Además, el ICBF no sólo establece los parámetros administrativos, operativos y financieros de los hogares comunitarios, sino que tiene la potestad de ordenar su cierre⁸, conforme a los criterios delineados en el Acuerdo 50 de 1996, según el cual:

⁸ La Corte Constitucional sobre el particular señaló: “De lo anterior se desprende que, el funcionamiento y resultados efectivos del programa requieren de un control sobre los mencionados hogares; para ello, la Junta Directiva del ICBF, mediante el Acuerdo 050 de 1.996, determinó las situaciones que dan lugar al cierre inmediato o el definitivo de los mismos, así como lo atinente a su reubicación, consagrando las causales respectivas, los funcionarios competentes para decretarlo y el procedimiento para adoptar la decisión.” Sentencia SU-224 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

“ARTÍCULO PRIMERO. Entiéndese por cierre de un Hogar Comunitario de Bienestar el acto de clausurar el servicio que se presta en el mismo, cuando sobrevengan circunstancias que impidan su normal funcionamiento.

“La decisión del cierre de un Hogar Comunitario de Bienestar será competencia de los Coordinadores de los centros Zonales o quien haga sus veces. El ICBF deberá definir la reubicación del Hogar cerrado o de los niños, de conformidad con las necesidades de atención y los recursos existentes.

“El cierre de un Hogar Comunitario de Bienestar es definitivo y se producirá en la siguiente forma:

a) Inmediata cuando se presente alguna de las causales señaladas en el Artículo Segundo del presente Acuerdo.

b) Después de realizar las visitas de seguimiento, asesoría y supervisión al servicio, donde se detecte alguna de las causales señaladas en el Artículo Tercero del Presente Acuerdo, y dichas fallas no se subsanen dentro del término establecido.

“ARTÍCULO SEGUNDO. Son causales de cierre inmediato de un Hogar Comunitario de Bienestar las siguientes:

“(…) j) Accidente grave o muerte de un niño en el Hogar.”

“ARTÍCULO TERCERO. Son causales de cierre definitivo como parte de un proceso de supervisión las siguientes:

“(…) s) Inobservancia de los Lineamientos Técnico Administrativos por parte de la Madre Comunitaria o de uno de los miembros de la Junta Directiva que dificulten el normal funcionamiento del Hogar.”

Conforme a la citada normativa resulta incuestionable que al margen de la existencia de personería jurídica, autonomía administrativa, operacional y financiera de los entes encargados de la administración de los hogares comunitarios, el ICBF se encuentra vinculado con su funcionamiento y supervisión, al grado tal que es el encargado de autorizar su creación, ejerce el respectivo control e inspección sobre los mismos, e incluso puede llegar a ordenar su cierre cuando concurren circunstancias que den lugar a ello.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la impugnación, como quiera que están orientados a desconocer la íntima o estrecha conexión que ejerce el establecimiento público demandado frente a los hogares comunitarios, máxime si éstos se integran al servicio público del Sistema de Bienestar Familiar que se encuentra principalmente a cargo de esa

entidad, y que propende por la promoción y protección de las garantías esenciales de los niños y niñas del país.

En consecuencia, si bien el programa de hogares comunitarios es ejecutado de manera directa por la comunidad en la cual se localiza aquél, no es posible desconocer la labor que ejerce el ICBF en la creación, apoyo, supervisión y control sobre esos centros de atención básica de la niñez.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, al precisar en situaciones similares a las que acá se juzgan:

“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.”⁹

“.....
.....

“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

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 1998, exp. 11130, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

aquellos que actúan como sus agentes directos o indirectos que desarrollan una función pública en su nombre y representación.

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

“Asimismo, pueden comentarse otras circunstancias que también permiten su vinculación, como son: la permanente coordinación y asesoría del Instituto sobre los hogares comunitarios, el aporte también permanente que de su presupuesto hace el Instituto para el sostenimiento de éstos; la capacitación y escogencia del personal que los manejarán, entre otros. Las asociaciones de padres que administran tales hogares aunque tienen personería jurídica propia no son entes completamente autónomos del Instituto. Ellos contribuyen con la entidad pública citada en forma mancomunada en la prestación del servicio público. Dichos hogares no son de ninguna manera una forma de administración delegada, sino un mecanismo de participación ciudadana en la ejecución de una función que le corresponde al Estado. El ente público permite que los particulares coejecuten con él un cometido público que si bien lo pueden hacer en forma independiente no les es permitido desarrollarlo por fuera de parámetros y límites que la misma institución les traza. De ahí que no puede sostenerse que el programa de los hogares comunitarios pueda funcionar 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.”¹⁰

Así mismo, la Sala se ha ocupado de eventos en los que se juzga la responsabilidad del ICBF por la afectación a la integridad psicofísica –y de manera concreta la integridad sexual– de niños ubicados en hogares sustitutos en cumplimiento de una medida de protección. Al respecto, se ha señalado:

“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.,

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 1993, exp. 8218, M.P. Julio César Uribe Acosta.

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 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*¹¹ (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 ley¹².

"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.”¹³ (Subrayado del original).

Como se aprecia, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada al señalar que es posible imputar daños ocurridos al interior de hogares comunitarios

¹¹ Corte Constitucional, T-1226124 de 23 de febrero de 2006; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹² 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.

–inclusive los desencadenados directamente por la acción u omisión de la madre comunitaria– al ICBF, puesto que el establecimiento público no se desprende de la dirección, control y vigilancia del servicio público que en esos centros de atención se presta a la niñez, circunstancia suficiente para decidir de manera desfavorable el argumento de defensa relacionado con la autonomía financiera, operacional y administrativa de aquéllos.

Por lo tanto, mal hace la institución demandada, dada la relevancia del servicio público que se presta en los hogares comunitarios, en invocar de manera velada una falta de legitimación en la causa por pasiva cuando la ley, la jurisprudencia y toda la actuación administrativa que reposa en el proceso apuntan a demostrar lo contrario, esto es, que el ICBF es el primer llamado a afrontar si de los supuestos fácticos que se juzguen, en cada caso concreto, se genera responsabilidad patrimonial por la existencia de un daño antijurídico que le sea imputable.

Así las cosas, llama poderosamente la atención de la Subsección el hecho de que la defensa se haya estructurado sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva, cuando la copia de la actuación administrativa que se acompañó con el escrito de contestación de la demanda acredita que el ICBF, ante la constatación del daño, abrió un procedimiento de protección del niño Sebastián Rojo Jiménez, y gestionó ante varias autoridades nacionales y departamentales, públicas y privadas, la ayuda a favor del núcleo familiar.

Además, resulta paradójico que la entidad pública pretenda desligarse de su legitimación en la causa para enrostrar el comportamiento de la madre comunitaria –con quien el ICBF no tiene vínculo legal o contractual– y la asociación a cargo del hogar comunitario “La Campanita”, cuando es incuestionable que existía un deber a cargo de la entidad demandada de supervisión, capacitación y control del servicio público esencial de Bienestar Social que se ejercía al interior de ese hogar infantil de atención a la infancia.

Y si bien, las madres comunitarias no tienen ningún tipo de vínculo legal o contractual laboral con el instituto demandado, no puede desconocerse que son agentes privados en ejercicio de un servicio público en principio a cargo del Estado, en el que éste ejerce una exigente y permanente inspección sobre las

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, exp. 18195, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez.

condiciones de seguridad y protección en que se hallan los niños o niñas que reciben la atención en los hogares comunitarios, en aras de materializar las garantías esenciales contenidas en el artículo 44 superior.

3.2. Existencia y delimitación del daño antijurídico en el caso concreto

Se encuentra acreditado que el niño Sebastián Rojo Jiménez, el 21 de febrero de 2001, a la edad de dos años, sufrió un ahogamiento parcial al haber ingerido un cuerpo extraño que al localizarse en el tracto bucal - respiratorio, impidió el paso de oxígeno, circunstancia por la cual padeció un paro cardiorrespiratorio que terminó con una lesión consistente en una encefalopatía hipóxica.

La encefalopatía hipóxica isquémica, es un síndrome consistente en la falta de suministro de oxígeno a los tejidos cerebrales, o en otros términos es una parálisis cerebral por ausencia de la llegada de oxígeno a los hemisferios cerebrales.

En el caso concreto, se advierte que la lesión cerebral fue significativa ya que la incapacidad laboral dictaminada fue del 94,50%, y obran distintos documentos y medios probatorios que acreditan que el niño Sebastián padece una parálisis avanzada, no camina, con dificultad controla los movimientos de cuello y cabeza, no tiene capacidad lingüística comunicativa, requiere asistencia en las funciones vitales básicas como alimentarse y aliviar el cuerpo, presenta episodios de irritabilidad, y su forma de expresar agrado o desagrado es a través de la sonrisa o del llanto.

En ese orden de ideas, el daño antijurídico está probado pues existe una lesión a la integridad psicofísica de Sebastián (demandante principal) que repercute en la afectación de varios derechos fundamentales, patrimoniales e inmateriales de los cuales es titular, y una afrenta a la órbita subjetiva o emocional de su progenitora y hermanas, quienes no sólo han sufrido por la condición en que éste se encuentra, sino que además se han vinculado –particularmente la madre– de manera activa a su rehabilitación, como se destaca en el informe interdisciplinario del Centro de Servicios Pedagógicos de la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia, del 27 de junio de 2001, documento en el que se pone de presente la dedicación e importancia del acompañamiento de Ruth Rojo Jiménez en el proceso de rehabilitación de Sebastián.

En ese contexto, la lesión se tiene por establecida, así como su carácter personal, cierto y antijurídico, pues tanto Sebastián como su madre y hermanas no estaban en la obligación de soportar las consecuencias negativas que se desprenden de las graves afectaciones psicofísicas que padece aquél, en virtud del desafortunado suceso ocurrido dentro del hogar comunitario denominado “La Campanita”.

3.3. Régimen de responsabilidad aplicable

Si bien la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que controversias de esta naturaleza se rigen por el título de imputación subjetivo de falla del servicio, es lo cierto que el régimen de responsabilidad llamado a regular situaciones de este matiz es el objetivo, como quiera que la administración pública no puede exonerarse con la sola acreditación de un comportamiento diligente y cuidadoso.

En efecto, en supuestos de esta especificidad existen dos circunstancias que hacen aplicable el título objetivo de responsabilidad de daño especial: i) la naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y ii) la finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar.

No debe perderse de vista que este tipo de instituciones (hogares comunitarios) se integran a la prestación del servicio de bienestar familiar y, por lo tanto, su finalidad está precisamente dirigida a promover los intereses legítimos y fundamentales desarrollados constitucionalmente en el artículo 44 superior¹⁴.

Es precisamente esa disposición la que se incorpora al derecho de daños para darle un específico contenido y alcance al servicio de bienestar social, razón por la que cualquier daño irrogado a niños o niñas cuando están bajo la custodia de ese servicio público esencial es imputable, *prima facie*, bajo los postulados del daño

¹⁴ “Son derechos fundamentales de los niños: 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 el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados ratificados por Colombia.

“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. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

especial, esto es, una lesión anormal y particular producida durante el ejercicio de una actividad legítima de la administración pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas que rompe el principio de las cargas públicas.

Así lo sostuvo de manera reciente esta Subsección al precisar que la responsabilidad por los daños padecidos por menores en centros de rehabilitación o resocialización era objetiva, por cuanto:

“(...) cuando la persona que padece el daño es un niño, niña o adolescente que se encuentra en un centro especializado de reeducación o rehabilitación, las condiciones de responsabilidad se tornan aún más exigentes en virtud de la protección constitucional especial de que gozan a partir de la prevalencia del derecho de aquéllos sobre los de los demás (artículos 44 y 45 C.P.), sin que para efectos del alcance de la protección constitucional especial tenga incidencia la distinción entre “niños y niñas” y “adolescentes”, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en los siguientes términos: “La Carta utiliza el término adolescentes para referirse a aquellos jóvenes que no han alcanzado aún la mayoría de edad, pero que tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud, sin definir cuándo comienza y a qué edad termina la adolescencia. Lo que se buscó con tal consagración fue pues garantizar la protección y la formación física, psicológica, intelectual y social, así como la participación activa de los jóvenes en la vida cultural, deportiva, política, laboral y económica del país, promoviendo su intervención en las decisiones de los organismos que tienen a su cargo políticas respecto de ese grupo de la población. Así, la distinción entre niño y adolescente, no se hizo para efectos de la prevalencia de sus derechos, sino de la participación. La intención del constituyente no fue excluir a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino hacerla más participativa respecto de las decisiones que le conciernen.”¹⁵

“En efecto, los principios constitucionales contenidos en esas disposiciones no pueden ser ajenos al escenario de la responsabilidad extracontractual del Estado, más aún cuando el daño tiene su génesis al interior de una institución técnica encargada de suministrar los servicios de rehabilitación y resocialización de los adolescentes infractores de la ley penal, razón por la cual se encuentra vinculada por la protección reforzada referida, así como por *el principio del interés superior del niño*¹⁶, es

“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-092 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, determina:

“Artículo 1:

decir, que al margen de que se trate de un menor infractor el Estado está en la obligación de suministrarle todos los medios necesarios para obtener una efectiva reeducación y resocialización, sin que ese procedimiento signifique la posibilidad de sacrificar el postulado de dignidad humana de que goza el adolescente, razón por la que no puede ser sometido a tratos crueles o degradantes, así como a sanciones o penas que desconozcan la finalidad del instrumento de protección, en este caso, el manejo terapéutico del menor contraventor de la legislación penal.”¹⁷

La anterior perspectiva se refuerza aún más en el caso concreto, pues del acervo probatorio no se desprende la existencia de una falla del servicio a cargo del ICBF, menos en relación con el deber de control y vigilancia que ejerce sobre los hogares comunitarios, como quiera que no se acreditó la forma en que llegó el objeto extraño a las manos del menor lesionado y ni siquiera la naturaleza o material del mismo.

En consecuencia, la lesión antijurídica deviene imputable a la entidad demandada porque en ejercicio de una actividad legítima y lícita se irrogó un daño especial y anormal que, se itera, desborda la igualdad ante las cargas públicas.

Frente al daño especial como título objetivo de imputación, *mutatis mutandis*, la Sala ha discurrido, así¹⁸:

“El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. En este sentido, resulta valiosa la referencia que nos aporta la jurisprudencia de esta corporación al decir:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. (se subraya)

“Artículo 3.

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

“2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de febrero de 2011, exp. 38382, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 16696, M.P. Enrique Gil Botero.

“Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad.”¹⁹

“(…) Esta es, precisamente, la esencia del daño especial, la injusticia material que se derivaría de seguir otro parámetro de responsabilidad estatal en un caso concreto, situación que impone sobre los hombros del juez el deber de excepcionar la aplicación del régimen general con el objeto de dejar actuar la justicia material que de sentido al Estado Social de Derecho.

“Esta aproximación sirve para reforzar la idea de que la equidad en ningún momento debe entenderse como consecuencia del arbitrio judicial; por el contrario, se trata de el uso de la discrecionalidad que permite –e incluso, en algunos casos exige- el ordenamiento para eventos en que la vía excepcional es la que cumple con el valor de justicia material que se busca²⁰.

“Esta anormalidad y especialidad del perjuicio es, precisamente, la que conlleva a un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas²¹. Sin embargo, no debe entenderse dicho principio como el anhelo de lograr una equiparación matemática entre los administrados frente a la actividad administrativa; el contenido que el mismo involucra es, evidentemente, el mantenimiento de un relativo balance en esta materia. En consecuencia, es posible considerar como legítimas las imposiciones que puedan ser ubicadas dentro de los parámetros que, de acuerdo con la jurisprudencia, acepta el principio de igualdad ante las cargas públicas; y, en este mismo sentido, el Estado deberá responder cuando quiera que una actividad administrativa haya ocasionado un grado de perjuicio que exceda el ámbito de molestia que debe ser soportado.

“La igualdad, y como se antepuso, su manifestación en el equilibrio ante las cargas públicas, aparece como el bien jurídico a restituir en estos casos, fruto directo de postulados equitativos a los que repugna, como lo expresan el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los eventos de extrema desigualdad en la repartición de las cargas públicas.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 4655, C.p. Dr. Antonio José Irisarri Restrepo, en Extractos de Jurisprudencia del consejo de Estado, primer trimestre de 1989, Tomo III, Publicaciones Caja Agraria, Bogotá, p. 249 y 250.

²⁰ “Porque la equidad no es fuente del Derecho, sino medio de determinación del Derecho justo”, como sabiamente lo ha enseñado ENTRENA KLETT Carlos María, La equidad y el arte de juzgar, Ed. Aranzadi, 2ª Ed., Navarra, 1990, p. 23.

²¹ En este sentido ha expresado esta corporación:

“todo perjuicio anormal, que por su naturaleza e importancia exceda las molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad, debe ser considerado como una violación de la igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas, y por consiguiente debe ser reparado”

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p.: Guillermo González Charry, abril 21 de 1966.

“(…) De este extracto jurisprudencial se derivan dos ideas que resultan capitales al desarrollo argumentativo del presente caso y que reafirman las razones expuestas: la idea de que la justicia material busca la aplicación efectiva de principios y valores constitucionales; y, que es la misión del juez, entre otros, velar por su efectiva materialización.

“En resumen, la teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto.

“Se denota claramente la gran riqueza sustancial que involucra la teoría del daño especial y, como no, lo esencial que resulta a un sistema de justicia que, como el de un Estado Social de Derecho, debe buscar mediante el ejercicio de su función la efectiva realización de los valores y principios esenciales al mismo.”

En ese orden de ideas, la responsabilidad en el contexto moderno se entroniza con el derecho constitucional que establece principios, valores y estándares normativos que ilustran la labor jurisdiccional, de forma tal que ese conjunto nomoárquico no quede relegado al papel, sino que se convierta en verdaderos criterios de orientación jurisdiccional que permitan alcanzar la justicia material en cada caso concreto.

Tratándose del daño especial su fundamento se halla en los principios constitucionales de dignidad humana, solidaridad y equidad, por cuanto es un título jurídico de imputación que permite, en sede del derecho de daños y con apoyo en criterios de la justicia correctiva, remover los efectos nocivos de un daño que es antijurídico en virtud del anormal y especial rompimiento de las cargas públicas a las que se encuentran sometidos los asociados en un Estado Social de Derecho.

Los anteriores planteamientos encuentran perfecta consonancia con el escenario constitucional en el cual se enmarca la relevante protección de los derechos a los niños y niñas, puesto que los principios de prevalencia de sus derechos por

encima de los demás, así como el de interés superior, radican en cabeza del Estado una especial obligación o deber de protección a favor de aquéllos.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha sostenido:

“Ha subrayado la jurisprudencia constitucional que todas las distinciones trazadas por la legislación respecto de la niñez apuntan y deben dirigirse siempre a ampliar la protección “de acuerdo con la esfera volitiva e intelectual del niño, niña o adolescente”. Esta línea de pensamiento ha sido sostenida por la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos. Al respecto, ha hecho hincapié la Corporación en la situación de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta en que suelen encontrarse los niños, las niñas y los adolescentes, así como ha puesto énfasis en la necesidad de otorgarles protección tanto en el ámbito familiar como en al campo social y estatal, “buscando con ello garantizarles un tratamiento preferencial y asegurarles un proceso de formación y desarrollo en condiciones óptimas y adecuadas, acorde con el papel relevante y trascendental que están llamados a cumplir en la sociedad”²².”²³

En el caso *sub examine*, está probado que el infante Sebastián Rojo Jiménez encontrándose en el hogar comunitario “La campanita” en la ciudad de Medellín, se llevó un objeto extraño a la boca, de un material desconocido, probablemente de caucho o papel, que generó una obstrucción respiratoria que impidió el paso de oxígeno a sus pulmones lo que desencadenó una encefalopatía hipoxica que le significó una incapacidad total del 94,50%.

Y si bien existe toda una normativa –que fue transcrita y analizada– que determina un deber de vigilancia y control por parte del ICBF sobre los hogares comunitarios e infantiles, ello no significa que en el asunto *sub examine* el daño le sea imputable bajo la égida de la falla del servicio por el desconocimiento de esos preceptos; por el contrario, todas esas disposiciones permiten establecer la existencia de legitimación en la causa por pasiva a cargo del instituto demandado, pero no vinculan la lesión antijurídica con el comportamiento de aquél, pues no se acreditaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se introdujo el cuerpo extraño –de plástico o de caucho– al hogar comunitario, ni la forma como llegó a las manos del infante, razón por la cual no resulta posible estructurar una falla del servicio a cargo del demandado a diferencia de lo sostenido por el *a quo*.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-543 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

En esa perspectiva, el daño es imputable al ICBF porque encontrándose a cargo del servicio público de bienestar social se irrogó una lesión a partir de la prestación de esa actividad de protección; afectación que es anormal y especial respecto a los demandantes y que resquebraja el principio de igualdad ante las cargas públicas, sin que en la configuración de la atribución del daño importe que el hogar comunitario estuviere administrado por un particular porque, se insiste, la responsabilidad de la administración pública amén de ser directa está relacionada en el caso concreto con la prestación de un servicio público que se encuentra a cargo del Estado, y en cuyo desarrollo se pueden generar o desencadenar afectaciones que rompan la igualdad respecto de las cargas públicas.

Así las cosas, los daños padecidos por Sebastián, su madre y hermanas son imputables al ICBF porque en medio de la prestación de un servicio de carácter público de protección especial a la niñez se produjo una lesión antijurídica, especial y anormal para los demandantes que rompe o resquebraja las cargas públicas a las que se encontraban sometidos y, por lo tanto, imponer a la familia Rojo Jiménez el deber de soportarla supondría desconocer los postulados de solidaridad y equidad sobre los que se basamenta el título de imputación del daño especial.

De allí que, se mantendrá la decisión apelada porque a diferencia de lo sostenido por el ICBF el daño antijurídico sí le es imputable en el plano fáctico y jurídico, ya que al niño Sebastián Rojo por una circunstancia desconocida mientras se encontraba bajo la protección especial reforzada del servicio de bienestar social²⁴ se le desencadenó una lesión irreversible en su integridad psicofísica que no sólo le impide valerse por sí mismo, sino que le cercenó la posibilidad de desarrollar una vida bajo los parámetros de normalidad dada la gravedad de la afectación.

3.4. Reliquidación de perjuicios

En atención a que la sentencia sólo fue impugnada por la entidad demandada, no se hará más gravosa la situación del apelante único en virtud del principio constitucional de la *no reformatio in pejus*, el cual tiene aplicación en cuanto se

²⁴ "Pero no podremos descubrir el significado de la justicia o la mejor manera de vivir por medio solo de la introspección... Si la reflexión moral es dialéctica –si va y viene entre los juicios que hacemos en situaciones concretas y los principios que los informan– necesitará de opiniones y convicciones, por parciales que sean y poco documentadas, como del aire que se respira. Una

refiere al ámbito indemnizatorio del daño, según los lineamientos trazados por esta Corporación.

Así las cosas, es posible que el Juez de lo Contencioso Administrativo en aras de la reparación integral del daño antijurídico causado adopte todas las medidas de justicia restaurativa para obtener el resarcimiento pleno de la lesión, incluso cuando existe apelación única por el demandado, salvo en cuanto se refiere a la condena patrimonial en contra de éste, pues sobre ese específico ítem de la reparación integral rige el principio constitucional de la *no reformatio in pejus*.

De allí que la Sala cuente con competencia para acoger cualquier tipo de medidas de justicia restaurativa en aquellos casos en los que se establezca que el daño desborda el marco eminentemente indemnizatorio y, por lo tanto, se imponga la adopción de medidas de satisfacción, rehabilitación o de garantías de no repetición.

Entonces, se actualizarán las sumas contenidas en la decisión de primera instancia otorgadas a título de indemnización del daño material y moral, para que reflejen la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, toda vez que si bien el *a quo* aplicó el criterio de los SMMLV a la hora de liquidar estos últimos perjuicios, lo cierto es que en la sentencia los expresó en pesos.

3.4.1. Perjuicios materiales

Sebastián Rojo Jiménez:

$$\begin{array}{r} \text{Ra} = \text{Rh} (\$ 91.397.444.00) \quad \text{índice final - junio/2008 (107,12)} \\ \text{-----} = \$99.426.162,00 \\ \text{índice inicial - octubre/94 (98,47)} \end{array}$$

3.4.2. Daños morales:

filosofía a la que no rocen las sombras sobre la pared no será sino una utopía estéril." SANDEL, Michael "Justicia", Ed. Debate, Bogotá, 2011, pág. 40.

Como en el *sub judice* se presenta el perjuicio en su mayor magnitud, debido a la grave lesión que aqueja a Sebastián Rojo Jiménez y que se traduce en una incapacidad del 100%, habrá lugar a reconocer a título de daño moral las sumas de dinero establecidas a continuación, para cada uno de los demandantes:

SEBASTIÁN ROJO JIMÉNEZ	100 SMMLV
MARÍA RUTH ROJO JIMÉNEZ	100 SMMLV
JENNYFFER ROJO JIMÉNEZ	50 SMMLV
MARÍA LISBETH BUITRAGO ROJO	50 SMMLV

3.4.3. Daño a la salud (perjuicio fisiológico)

A favor de Sebastián Rojo Jiménez se cancelará la suma equivalente a 100 SMMLV, de conformidad con la condena contenida en la sentencia objeto de apelación.

3.5. Medidas de justicia restaurativa

De otro lado, se advierte que en el caso concreto el daño ha tenido una evidente significación en la esfera de los derechos fundamentales del niño Sebastián Rojo Jiménez, razón por la que se impone la adopción de medidas de justicia restaurativa que restablezcan el núcleo de las garantías esenciales a favor de aquél, así como la dimensión objetiva del derecho fundamental a la integridad psicofísica de los niños y niñas en Colombia.

Sobre el particular, la Sala reitera su jurisprudencia contenida en una reciente providencia en la que se puntualizó²⁵:

“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

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

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

“Al respecto, en reciente pronunciamiento de la Sección se precisó²⁶:

“i) En todo proceso en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, será posible deprecar medidas de reparación integral, con miras a que se restablezca el *statu quo* preexistente a la producción del daño.

“En consecuencia, siempre será posible que en las demandas de reparación directa los demandantes formulen pretensiones dirigidas o encaminadas a la reparación *in integrum* del perjuicio, incluso reparaciones *in natura*. No obstante, en estos supuestos, el juez estará siempre vinculado por el principio de *congruencia procesal* y de la *no reformatio in pejus*.

“ii) Cuando se trate de graves violaciones a derechos humanos, el juez cuenta con la facultad de decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa (correctiva), encaminadas a la satisfacción y el restablecimiento del derecho o derechos lesionados. Así las cosas, en estos eventos, el juez de lo contencioso administrativo no puede estar limitado, en modo alguno, por los principios procesales antes mencionados, puesto que constituye un imperativo categórico que prevalece sobre las citadas garantías, el hecho de garantizar una reparación integral del perjuicio.

“Este importante avance de la jurisprudencia nacional, ha sido reconocido expresamente en un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al puntualizar:

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

“(…) El Tribunal reconoce tales esfuerzos efectuados por Colombia en cuanto a su deber de reparar y los valora positivamente. Asimismo, el Tribunal valora lo señalado por el perito Alier Hernández en la audiencia pública, en el sentido de que el Consejo de Estado ha señalado desde el 2007 que “el resarcimiento económico no es suficiente, [lo cual] abre la posibilidad para las víctimas en sus demandas [en procesos contencioso administrativos] formulen unas peticiones de reparación distintas del simple resarcimiento económico. La Corte considera que de darse dicho desarrollo jurisprudencial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana, podría llegar a complementar las otras formas de reparación disponibles en distintas vías jurisdiccionales o de otra índole a nivel interno con el propósito de obtener, en su conjunto, la reparación integral de violaciones de derechos humanos. Al respecto, el Tribunal reitera que una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición…”

“203. Asimismo, la Corte Observa, tal y como lo ha hecho en otros casos contra el Estado colombiano, que si bien la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de una compensación, las indemnizaciones dispuestas en los procesos contencioso administrativos pueden ser consideradas al momento de fijar las reparaciones pertinentes, “a condición de que lo resuelto en esos proceso haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.”^{27,28}

“Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, así como en apoyo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal.

“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,

²⁷ CIDH, caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 21, párr. 214. En igual sentido, Caso de la Masacre de La Rochela, supra nota 21, párr. 219 a 222...

²⁸ CIDH, caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 202 y 203.

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.” (Se destaca).

Por lo tanto, conforme al precedente, y una vez constatada la gravedad de la lesión de los derechos a la salud y a la integridad psicofísica en los ámbitos subjetivo y objetivo, se adoptarán las siguientes medidas de justicia restaurativa que deberán ser ejecutadas por el ICBF.

3.5.1. Rehabilitación: estarán a cargo del ICBF desde el momento de este fallo hasta el momento del fallecimiento de Sebastián Rojo Jiménez, todas las terapias psicomotoras y del lenguaje que éste requiera para desarrollar mejores niveles de vida, y de ser posible que sean realizadas a través del Centro de Servicios Pedagógicos de la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia, para lo cual adelantará todas las gestiones necesarias a ese propósito.

Además, el ICBF costeará o suministrará todos los medicamentos y procedimientos quirúrgicos que sean necesarios para mejorar la calidad de vida de Sebastián Rojo Jiménez.

De igual forma, el ICBF entregará cada vez que las necesidades lo requieran una silla de ruedas nueva a Sebastián Rojo Jiménez.

Por último, la entidad demandada o quien haga sus veces tendrá que asumir los pagos correspondientes a los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera el menor Sebastián Rojo Jiménez a lo largo de su vida.

3.5.2. Garantías de no repetición: el ICBF con el apoyo de las Universidades Nacional de Colombia, de Antioquia, y del Valle, implementará un manual técnico de seguridad para los hogares comunitarios y sustitutos en el país, a efectos de que se establezcan las condiciones mínimas de protección a favor de los menores beneficiarios del servicio público de bienestar familiar, en aras de que no se repitan hechos como los que afectaron la salud del menor Sebastián Rojo Jiménez.

En ese manual se determinarán las condiciones de seguridad, salubridad y los planes de emergencia en caso de que ocurra una eventualidad en donde un niño o niña sufra una lesión o accidente al interior de un hogar comunitario.

4. Costas

De conformidad con el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, la Subsección se abstendrá de condenar en costas a la entidad recurrente, por cuanto no se evidenció mala fe ni la conducta es constitutiva de abuso del derecho.

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

FALLA:

Primero. Modifícase la sentencia apelada, esto es, la proferida el 24 de septiembre de 1999, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

“**Primero. Declárase** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar responsable de los perjuicios causados con motivo de las lesiones padecidas por SEBASTIÁN ROJO JIMÉNEZ.

“**Segundo.** Como consecuencia de la declaración anterior, **condénase** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a pagar las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales:

SEBASTIÁN ROJO JIMÉNEZ	100 SMMLV
MARÍA RUTH ROJO JIMÉNEZ	100 SMMLV
JENNYFFER ROJO JIMÉNEZ	50 SMMLV
MARÍA LISBETH BUITRAGO ROJO	50 SMMLV

“**Tercero.** Por concepto de perjuicios materiales, **condénase** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a pagar la suma de noventa y nueve millones cuatrocientos veintiséis mil ciento sesenta y dos pesos (\$99.426.162,00), a favor de SEBASTIÁN ROJO JIMÉNEZ.

“**Cuarto.** A título de daño a la salud o perjuicio fisiológico, **condénase** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al pago de la suma de 100 SMMLV a favor de SEBASTIÁN ROJO JIMÉNEZ.

“**Quinto.** Como medidas de justicia restaurativa, concretamente de rehabilitación y garantías de no repetición **ordénase** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a lo siguiente:

“Suministrar desde el momento de este fallo hasta el momento del fallecimiento de Sebastián Rojo Jiménez, todas las terapias psicomotoras y del lenguaje que éste requiera para desarrollar mejores niveles de vida, y de ser posible que sean realizadas a través del Centro de Servicios Pedagógicos de la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia, para lo cual adelantará todas las gestiones necesarias a ese propósito.

“Costear o suministrar todos los medicamentos y procedimientos quirúrgicos que sean necesarios para mejorar la calidad de vida de Sebastián Rojo Jiménez.

“Entregar cada vez que las necesidades lo requieran una silla de ruedas nueva a Sebastián Rojo Jiménez.

“Asumir los pagos correspondientes a los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera el menor Sebastián Rojo Jiménez a lo largo de su vida.

“Con el apoyo de las Universidades Nacional de Colombia, de Antioquia, y del Valle, implementar un manual técnico de seguridad obligatorio para todos los hogares comunitarios y sustitutos en el país, a efectos de que se establezcan las condiciones mínimas de protección a favor de los menores beneficiarios del servicio público de bienestar familiar.

“En ese manual se determinarán las condiciones de seguridad, salubridad y los planes de emergencia en caso de que ocurra una eventualidad en caso de que un niño o niña sufra una lesión o accidente al interior de un hogar comunitario.”

Segundo. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá informar sobre el cumplimiento de las medidas de justicia restaurativa a esta Corporación y al Tribunal Administrativo de Antioquia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Tercero. Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Cuarto. Cumplido lo anterior, por Secretaría, **remítase** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ACLARACION DE VOTO DEL DR. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Lesión cerebral producida a niño de dos años / DERECHO DE LOS NIÑOS Y MENORES - Garantía / DIGNIDAD DE UN MENOR DE EDAD - Vulneración / DERECHO A LA SALUD MENOR DE EDAD - Convención sobre los derechos del niño / GARANTIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO - Precedente jurisprudencial constitucional / PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO –Precedente jurisprudencial / REGLA PRO INFANS - Precedente jurisprudencial

La Sala destaca que en este tipo de casos la decisión pone en cuestión la vulneración de la dignidad de un menor de edad, y la vulneración de las garantías reforzadas que se debía observar en la época, y hoy, respecto de los niños conforme con lo establecido en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, especialmente cuando se trata del derecho a la salud (...) Luego, siendo sujetos de protección constitucional especial no cabe duda, en mi criterio, que es necesario advertir que la responsabilidad que cabe endilgar a la administración pública cuando se produce un daño antijurídico en un niño, o en un menor de edad, como consecuencia de su acción, omisión o inactividad debe orientarse el régimen no hacia su encuadramiento tradicional en la falla del servicio, sino que debe fundarse en una imputación objetiva, donde el Estado es el primer y principal garante de la eficacia, efectividad y realización de los derechos de los niños o menores de edad. Esto se puede ver en la argumentación que se propone tener en cuenta para casos como el presente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA / CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989 - ARTICULO 24

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Constitucional, sentencia T-161 de 2004 y C-170 de 2004

CAUSALIDAD - Concepto / IMPUTACION - Concepto / IMPUTACION - Precedente jurisprudencial / CAUSALIDAD E IMPUTACION - Doctrina / CAUSALIDAD E IMPUTACION - Precedente jurisprudencial

La necesidad de distinguir entre causalidad e imputación (cuando se trata de avanzar hacia la imputación objetiva), como respuesta a la ambigüedad derivada de realizar un estudio de imputación jurídica y exigir, a su vez, la acreditación de la imputación de primer nivel o fáctica. En su definición básica, la causalidad es entendida como el vínculo, nexo, o ligamen que une la causa a un efecto, “siguiendo el principio que todo tiene una causa y que, en las mismas condiciones, las mismas causas producen los mismos efectos” (...) se entiende que la

causalidad sigue siendo elemento que presente en el juicio de imputación sigue revelando al juez la necesaria percepción y aprehensión de la realidad, permitiendo que la imputación se realice fundada en dicha realidad, y no en simples conjeturas, o suposiciones mentales desconectadas de las propias circunstancias de tiempo, modo y lugar. (...) Sin oponerse a la imputación, la irregularidad de la conducta conforme a un deber jurídico, exige evidenciar un elemento causal que permita determinar si se desarrolló dentro de los cauces exigidos, en la relación trabada entre el fundamento objetivo del deber y la acción u omisión concreta que se exige. Luego, la sucesión causal seguirá presente cuando el daño se irroga con la ejecución de la carga pública, que debe ser observada en función de la realidad, de manera que el nexo causal permita concretar dicha imputación, o, por el contrario, se llegue a determinar la existencia de eximente de responsabilidad. De acuerdo con lo anterior, no se puede plantear que la distinción entre causalidad e imputación se agota en el objeto que le es propio a la primera, estos es, de las ciencias naturales, y el de la segunda el derecho, porque la racionalidad exige que se parta de una sucesión de hechos, respecto de los cuales opera el pensamiento para permitir que aplicando las reglas de cognición y de coordinación, se pueda alcanzar una percepción o convicción sensorial, de la que se infiere el juicio o valoración jurídica del daño (atribución), o del hecho objeto del juicio de responsabilidad

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 7 de diciembre de 2005, expediente número 14065; sentencia de 22 de abril de 2004, expediente número 15088 y sentencia de 28 de abril de 2010, expediente número 17992

CAUSALIDAD E IMPUTACION - Relación armonizada / TESIS DE LA IMPUTACION OBJETIVA - Aplicación / IMPUTACION DEL RIESGO - Aplicación / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación

Luego, la relación causalidad - imputación, lejos de excluirse permite armonizarlas, incluso en la propia tesis de la imputación objetiva, o en la de la imputación del riesgo, donde el factor causal presta utilidad al momento de determinar si la lesión o daño se causó, o si cabe extraer una eximente que rompe la conexión o relación de causalidad. De ahí que proceder sólo a un estudio de imputación jurídica, puede en ocasiones convertir en inmodificable estructura de la responsabilidad extracontractual, ya que se resta la posibilidad de evaluar la cadena causal, de escrutar las variantes, no de otra manera el artículo 90 de la Carta Política estaría orientado a establecer el daño antijurídico y la imputación, entendida esta última como una atribución normativa del hecho, pero no sólo desde la perspectiva del resultado, sino que se orientaría más, como ocurre en el derecho español, hacia la determinación de la lesión del patrimonio, sin importar la conducta, comportamiento, actividad o función desplegada, ni su licitud o ilicitud.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01546-02(36912)

Actor: MARIA RUTH ROJO JIMENEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIA -ICBF-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Aunque compartí la decisión adoptada en sentencia de 9 de mayo de 2011, me permito aclarar voto en cuanto 1) a la garantía de los derechos del niño o de los menores, y; 2) la necesidad de distinguir entre causalidad e imputación (cuando se trata de avanzar hacia la imputación objetiva), como respuesta a la ambigüedad derivada de realizar un estudio de imputación jurídica y exigir, a su vez, la acreditación de la imputación de primer nivel o fáctica.

1) La garantía de los derechos del niño o de los menores.

La Sala destaca que en este tipo de casos la decisión pone en cuestión la vulneración de la dignidad de un menor de edad, y la vulneración de las garantías reforzadas que se debía observar en la época, y hoy, respecto de los niños conforme con lo establecido en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, especialmente cuando se trata del derecho a la salud, cuando en su artículo 24 establece:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición

de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Desde la perspectiva del precedente jurisprudencial constitucional se resalta,

“Un punto que analiza la Convención tiene que ver con la necesidad de que los gobiernos adopten medidas para que los derechos y las obligaciones de los hombres y de las mujeres para con los hijos sean las mismas, cualquiera fuere el estado civil de los progenitores; así, prevé que los jueces y los tribunales, al igual que todas las autoridades públicas, deberán adoptar decisiones que propendan porque el cumplimiento de dichos deberes y obligaciones se realice en condiciones de equidad – artículos 16 y 2°-.

(...)

También la Convención Sobre Derechos del Niño²⁹, se detiene en el asunto, reconoce el derecho de los menores a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, al igual que la obligación de los padres de proporcionarles, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida necesarias para su desarrollo integral³⁰.

Así mismo, el precedente jurisprudencial constitucional sostiene,

“Según lo ha sostenido esta Corporación, cuando el artículo 44 fundamental establece que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, está tácitamente consagrando una limitación al principio democrático de adopción de las leyes, en el sentido de someter a las mayorías políticas coyunturales a un poder real y efectivo a favor de los menores, con el fin de preservar su desarrollo armónico e integral y que, en virtud de su carácter prioritario, puede ser gestionado por cualquier persona en su defensa, a través de las acciones constitucionales previstas para el efecto en el ordenamiento superior. Se trata de reconocer que si bien el legislador puede limitar o regular un derecho fundamental en ejercicio de su potestad de configuración normativa, cuando dichas actuaciones tengan la potencialidad de afectar el desarrollo normal de los derechos fundamentales de los niños, tales como, los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la protección contra toda forma de explotación laboral o económica; es su deber proceder con una cautela especialísima,

²⁹ Ley 12 de 1991.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-161 de 2004.

en atención a la obligación positiva que la Constitución le impone al Estado, de asistir y proteger al niño en su desarrollo armónico e integral y en el ejercicio pleno de sus derechos

(...)

No es posible, en un Estado Social y Democrático de Derecho que el legislador transmute la protección especial que deben asumir las autoridades públicas frente a los niños, hacía ellos mismos, por cuanto, un actuar de dicha manera, implica la cesación del Estado en el cumplimiento de las condiciones esenciales que derivan del contrato social y que, en cualquier Estado democrático, constituyen los pilares fundamentales para la construcción de una sociedad justa, fundada en la dignidad humana y en el progreso social”³¹.

Protección de los derechos de los niños con la regla *pro infans*, la que según el precedente jurisprudencial constitucional implica que,

“... más allá de pretender reconocer la naturaleza fundamental de los derechos de los niños, la cual se deriva de su propia existencia como sujetos a quienes la familia, la sociedad y el Estado les debe atención y cuidado; pretendió establecer una nueva categoría de sujeto constitucional de protección especial, frente al cual, en aplicación de la regla pro infans, siempre debe ampararse de cualquier abuso, abandono o conducta lesiva que afecte su desarrollo armónico e integral, y frente a quien deben establecerse medidas especiales de amparo y defensa, como manifestación del carácter corrector del Estado Social de Derecho, hacía sujetos privilegiados que demandan cuidados específicos y especiales”³².

Luego, siendo sujetos de protección constitucional especial no cabe duda, en mi criterio, que es necesario advertir que la responsabilidad que cabe endilgar a la administración pública cuando se produce un daño antijurídico en un niño, o en un menor de edad, como consecuencia de su acción, omisión o inactividad debe orientarse el régimen no hacia su encuadramiento tradicional en la falla del servicio, sino que debe fundarse en una imputación objetiva, donde el Estado es el primer y principal garante de la eficacia, efectividad y realización de los derechos de los niños o menores de edad. Esto se puede ver en la argumentación que se propone tener en cuenta para casos como el presente.

2. La necesidad de distinguir entre causalidad e imputación (cuando se trata de avanzar hacia la imputación objetiva), como respuesta a la ambigüedad derivada de realizar un estudio de imputación jurídica y exigir, a su vez, la acreditación de la imputación de primer nivel o fáctica.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-170 de 2004.

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-161 de 2004.

En su definición básica, la *causalidad* es entendida como el vínculo, nexo, o ligamen que une la causa a un efecto, “siguiendo el principio que todo tiene una causa y que, en las mismas condiciones, las mismas causas producen los mismos efectos”³³.

La doctrina del derecho de la responsabilidad señala que el

“... carácter parcial y selectivo de la causalidad jurídica, que es en cierta medida ficticia, impone una relación directa e inmediata³⁴ de causa a efecto entre el hecho generador de un daño y aquel, que los jueces traducen simplemente por la exigencia de un <nexo directo de causalidad> entre ellos³⁵, necesario para determinar la obligación de reparar a cargo del autor”.

Luego, la causalidad entraña necesariamente la “apreciación humana”, que la infunde de su carácter subjetivo, exigiéndose a la víctima la carga de probar que el perjuicio causado es consecuencia directa o indirecta de un hecho dañoso. La causalidad no puede satanizarse como propia de la concepción primitiva, o como elemento ajeno al derecho y propio a las ciencias naturales. El propio Kelsen, al momento de revisar los postulados de Hume, señaló que este “separó el problema de la causalidad en componentes ontológicos y epistemológicos afirmando que en la naturaleza no hay causalidad en el sentido de una conexión necesaria, sino sólo una sucesión regular de los hechos”³⁶. Lo anterior, no quiere decir que este es el único criterio en el que se erige la causalidad, sino que en la búsqueda de una ley general de causalidad, como lo recoge Kelsen, se llega a comprender que cuando “causas similares producen necesariamente efectos similares, es meramente un hábito del pensamiento que, originado en la observación de sucesiones regulares de los hechos, se torna una firme convicción”³⁷.

De ahí, pues, que el propio Kant no excluye la causalidad, sino que la entiende integrada en un proceso complejo, ya que “la mera observación de la realidad no podía establecer la necesidad de una conexión entre dos hechos, como causa y efecto”³⁸, constituyéndose la causalidad “en una noción innata, una categoría a

³³ DEGUERGUE, Maryse. “Causalité et imputabilité”, en *Juris-Classeur*, 31 janvier 2000. No.5, Fasc.830, pp.2 y 3.

³⁴ BENOÎT, Francois P. Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité), en *Juris-Classeur Public*, 1957. I, 1351, no 19, p.20.

³⁵ MOREAU, Jacques. La responsabilité administrative. Paris, PUF, 1995, p.78.

³⁶ KELSEN, Hans. Sociedad y naturaleza. Madrid, 1948, p.384.

³⁷ Ob., cit., p.384

³⁸ Ob., cit., p.384

priori, una forma inevitable y necesaria de la cognición mediante la cual coordinamos mentalmente el material empírico de la percepción sensoria”³⁹.

Dicho lo anterior, se entiende que la causalidad sigue siendo elemento que presente en el juicio de imputación sigue revelando al juez la necesaria percepción y aprehensión de la realidad, permitiendo que la imputación se realice fundada en dicha realidad, y no en simples conjeturas, o suposiciones mentales desconectadas de las propias circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Precisamente, el precedente de la Sala define la imputación como:

“... la atribución jurídica del daño, fundada en la prueba del vínculo existente entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente demandado”⁴⁰.

Sin duda, la Sala comprende que esa atribución no puede resultar de presupuestos mentales, o de creación ajena a la realidad, sino que es esta y sus especiales circunstancias las que ofrecen el material suficiente para establecer la relación entre el daño antijurídico probado y la acción u omisión del Estado, o de la entidad pública demandada.

Concepto en el que se sostiene la Sala, cuando advierte,

“Recuérdese que para imputar conducta irregular a la Administración es presupuesto necesario que se predique de la demandada, una conducta que jurídicamente se derive de la existencia de un deber jurídico que permita evidenciar el comportamiento irregular, por acción o por omisión. El elemento de la imputabilidad en este punto es un presupuesto de la conducta irregular, de la actividad que desarrolló a quien se demanda, por acción o por omisión, nótese que el artículo 90 de la Carta Política condiciona en forma estricta la responsabilidad patrimonial del Estado al daño antijurídico que le “sea imputable, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Y sobre estos dos puntos, responsabilidad e imputabilidad”⁴¹.

Sin oponerse a la imputación, la irregularidad de la conducta conforme a un deber jurídico, exige evidenciar un elemento causal que permita determinar si se desarrolló dentro de los cauces exigidos, en la relación trabada entre el fundamento objetivo del deber y la acción u omisión concreta que se exige.

³⁹ Ob., cit., p.384

⁴⁰ Sentencia de 7 de diciembre de 2005. Exp.14065.

⁴¹ Sentencia de 22 de abril de 2004. Exp.15088.

Recientemente, el precedente se ratifica expresándose por la Sala que,

“... en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en la cual se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones lo pone en una posición de riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública”⁴².

Luego, la sucesión causal seguirá presente cuando el daño se irroga con la ejecución de la carga pública, que debe ser observada en función de la realidad, de manera que el nexo causal permita concretar dicha imputación, o, por el contrario, se llegue a determinar la existencia de eximente de responsabilidad.

De acuerdo con lo anterior, no se puede plantear que la distinción entre causalidad e imputación se agota en el objeto que le es propio a la primera, estos es, de las ciencias naturales, y el de la segunda el derecho, porque la racionalidad exige que se parta de una sucesión de hechos, respecto de los cuales opera el pensamiento para permitir que aplicando las reglas de cognición y de coordinación, se pueda alcanzar una percepción o convicción sensorial, de la que se infiere el juicio o valoración jurídica del daño (atribución), o del hecho objeto del juicio de responsabilidad.

Así mismo, más que un dualismo entre orden causal y sociedad (como se plantearía en términos de Weber), lo que se ha producido en el tiempo es un proceso de decantación de la relación entre causalidad e imputación, el cual tiene una serie de hitos a destacar: a) la “idea de la necesidad objetiva de la conexión causal”, fruto del espíritu del derecho consuetudinario, y que se corrige planteando que su fundamento está en el “principio de retribución”; b) la tendencia hacia el principio de equivalencia, partiendo de la base que el efecto no debe ser igual a la causa, de tal manera que haría falta establecer un método en el que la proporcionalidad se ofrezca como determinante; c) la delimitación de la arbitrariedad que opera frente al continuum que supone la sucesión de hechos, porque no puede abiertamente descartarse como cadena hipotética sucesos que afectan la determinación del efecto, porque “un análisis realista muestra que cada efecto es no sólo el fin de una cadena de causas, sino también el comienzo de

⁴² Sentencia de 28 de abril de 2010. Exp.17992.

una nueva cadena y, a la vez, el punto de intersección de un infinito número de cadenas⁴³. En últimas, lo que se quiere, es separarse del principio de retribución; d) la sucesión temporal causa y efecto, que ha llevado a superar la primitiva concepción de la concatenación de hechos en un orden irreversible, a plantear como alternativa la elección entre posibilidades, donde el progreso del conocimiento, de la ciencia y de la técnica permiten una evolución dinámica de las mismas; e) la probabilidad estadística, que fue la tendencia que vino a propiciar un golpe fundamental en la ley de causalidad, y se abre paso el criterio de la predicibilidad, de manera que se establece como regla la “conexión probable”.

Fruto de ese proceso en la relación causalidad - imputación, está la formulación de las fases de la imputación que Larenz señaló:

“La imputación se produce en tres fases. En la primera se toma en cuenta un comportamiento corporal de la persona como acto... pues responsabilidad presupone... el poder de actuar sobre otro y, por ello, la posibilidad de una conducción de acontecer mediante la voluntad y de un control mediante la conciencia... En la segunda fase se trata de la imputación de la responsabilidad por las consecuencias ulteriores del acto... hasta qué punto se le puede imputar como “autor” la cadena causal puesta en marcha por la acción que con base en numerosos factores que inciden en ella puede producirnos unos efectos completamente distintos de los que el agente había previsto y de los que en otro lugar hubiera podido prever. Los criterios que por lo general se utilizan para llevar a cabo esta imputación “objetiva” son: la general idoneidad de la acción para la producción de un resultado semejante (teoría de la adecuación); el aumento del riesgo de producción de resultados reprobados por el ordenamiento jurídico precisamente por este acto... desde hace mucho tiempo se admite la simple conexión causal, que puede llegar hasta el infinito, no basta para cargarlo todo... La tercera fase de la imputación... es la imputación de la culpabilidad”⁴⁴.

Luego, la relación causalidad - imputación, lejos de excluirse permite armonizarlas, incluso en la propia tesis de la imputación objetiva, o en la de la imputación del riesgo, donde el factor causal presta utilidad al momento de determinar si la lesión o daño se causó, o si cabe extraer una eximente que rompe la conexión o relación de causalidad.

De ahí que proceder sólo a un estudio de imputación jurídica, puede en ocasiones convertir en inmodificable estructura de la responsabilidad extracontractual, ya que se resta la posibilidad de evaluar la cadena causal, de escrutar las variantes,

⁴³ KELSEN, Hans. Sociedad y naturaleza. Madrid, 1948, p.390.

⁴⁴ LARENZ, Karl. Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica. 1ª reimp. Madrid, Civitas, 1990, pp.107-108.

no de otra manera el artículo 90 de la Carta Política estaría orientado a establecer el daño antijurídico y la imputación, entendida esta última como una atribución normativa del hecho, pero no sólo desde la perspectiva del resultado, sino que se orientaría más, como ocurre en el derecho español, hacia la determinación de la lesión del patrimonio, sin importar la conducta, comportamiento, actividad o función desplegada, ni su licitud o ilicitud.

De lo anterior, se desprende la necesidad de advertir a la Sala que no se puede imponer al juez una postura reduccionista, de manera que en virtud de la imputación como elemento determinante, sólo estaría llamado a constatar el daño antijurídico y la posibilidad de imputarlo, porque sería posible que la labor probatoria se reconduzca más a un debate mecánico, y sin posibilidades de argumentación jurídica, y donde entraría a ponerse en cuestión el principio de proporcionalidad, rayando en la idea asistencialista o de aseguramiento universal en la que no puede caer una institución como la responsabilidad extracontractual del Estado.

En mi criterio, no es necesario oponerse, en la praxis contenciosa el juicio de responsabilidad, a la tesis de la imputación objetiva, sino moderarla para que la posición del Estado no termine convirtiéndolo en asegurador universal, y en revertir la idea de daño antijurídico e imputación como sustento, para aceptar que la atribución jurídica nos lleva al debate inicial subjetivo, porque sólo determinando la posición y el deber jurídico podría deducirse la responsabilidad, lo que puede plantear que no estemos lejos de un escenario como el mencionado.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

